

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DES
VOIES DE RECOURS
CONTRE LES ORDONNANCES
du Président du Tribunal Civil

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Soutenue le Lundi 2 Mars 1931, à 14 heures

Par M. PIERRE MINGAUD

Président : M. MOREL.

Suffragants { M. WAHL.
M. HUGUENEY.

CHATELLERAULT

IMPRIMERIE A. VIDEAU

1931

DES VOIES DE RECOURS
CONTRE LES ORDONNANCES
DU PRÉSIDENT DU TRIBUNAL CIVIL

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DES
VOIES DE RECOURS
CONTRE LES ORDONNANCES
du Président du Tribunal Civil

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Soutenue le Lundi 2 Mars 1931, à 14 heures

Par M. PIERRE MINGAUD

Président : M. MOREL.

Suffragants { M. WAHL.
 { M. HUGUENEY.

CHATELLERAULT
IMPRIMERIE A. VIDEAU

1931

*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres à
leurs auteurs.*



Bibliographie

I. — OUVRAGES GÉNÉRAUX

- De Belleyme.** — Ordonnances sur requêtes et sur référés, selon la jurisprudence du Tribunal de première instance du département de la Seine.
- Bazot.** — Des ordonnances sur requête et des ordonnances de référé.
- Bertin.** — Ordonnances sur requête et sur référé.
- Bonjeau.** — Traité des ordonnances sur requête et sur référé.
- Bourdonnay.** — Le Président du Tribunal civil.
- Cuche.** — Précis de Procédure Civile et Commerciale.
- Curet.** — La juridiction des référés.
- Dalloz.** — Répertoire pratique.
- Dalloz.** — Supplément au Répertoire.
- Colin et Capitant.** — Cours de droit civil français. tome I, 7^e édition.
- Planiol et Ripert.** — Traité pratique de droit civil français, tome II, La Famille, avec le concours de M. André Rouast, 1926.
- Garsonnet et César-Bru.** — Précis de Procédure Civile.
- Glasson et Tissier.** — Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, 3^e édition, 3 volumes, le troisième avec la collaboration de M. René Morel, professeur à la Faculté de Droit de Paris.

II. — OUVRAGES SPÉCIAUX

- Tissier.** — Théorie et pratique de la tierce-opposition, Paris 1890.
- René Chevalier.** — Notes sur les référés suivies de formules d'ordonnances, Paris 1898.
- Mérignhac et Miquel.** — Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, 2^e édition, Paris 1923.

III. — THÈSES

- Arthus.** — De la juridiction des référés, Paris 1893.
Delautel. — Des pouvoirs spéciaux du Président du Tribunal civil dans la procédure du divorce, Paris 1908.
Baudin. — Des voies de recours contre les ordonnances sur requête, Dijon 1902.
Debblock. — De la juridiction des référés, Lille 1897.
De Percin. — Les voies de recours en matière d'ordonnances sur requête, Caen 1912.
Dubois. — Rôle et pouvoirs du Président du Tribunal civil dans la procédure du divorce et de la séparation de corps, Paris 1929.
François. — Du référé considéré comme voie de recours, en matière de saisie-arrêt, Paris 1907.
Guizard. — Le juge des référés, l'extension de son rôle, Montpellier 1923.
Lévy. — Des ordonnances sur requête des Présidents des Tribunaux civils, Aix 1900.
Laynevèze. — Des voies de recours contre les ordonnances sur requête, Toulouse 1923.
Perrin. — Des ordonnances sur requête, Paris 1902.
Planiol. — Caractère et effets des décisions rendues en matière gracieuse, Paris 1910.
Saussure. — Des voies de recours en matière d'ordonnances de référé, Paris 1912.

IV. — REVUES

- Revue trimestrielle de droit civil.
Revue critique de Législation et de Jurisprudence.
La Semaine Juridique.

V. — PÉRIODIQUES

- Recueil périodique Dalloz.
Recueil périodique Sirey.
Dalloz hebdomadaire.
Gazette du Palais.

INTRODUCTION

Nous nous proposons, dans cette étude, d'examiner les diverses voies de recours qui peuvent être formées contre les différentes ordonnances rendues par le Président du Tribunal civil.

Mais, avant d'analyser ces voies de recours, nous considérons qu'il est nécessaire de classer par catégories ces diverses ordonnances et d'exposer pour chacune d'elles, leur nature et leur caractère.

L'œuvre de juridiction du Président du Tribunal civil, peut être envisagée, semble-t-il, à trois points de vue : ou ce magistrat agit comme juge des référés, c'est-à-dire en présence **d'un contradicteur ou lui dûment appelé**, et à **titre provisoire**, dans un litige exigeant une solution **urgente** : il s'agit, par exemple, d'ordonner une expertise qui tend à constater un vice de construction ou peut-être même, la ruine imminente d'un édifice, à évaluer des dommages-intérêts provenant de bruits et de trépidations, à apprécier des difficultés, soit entre voisins, soit entre propriétaires et locataires ; ou bien, il statue à la requête d'une **seule partie** et sans contradicteur, en rendant une ordonnance comme en matière

d'envoi en possession d'un legs universel, en l'absence d'héritiers à réserve, ou une ordonnance qui autorise une saisie-arrêt à défaut de titre. Enfin, il juge **définitivement, comme le ferait le Tribunal lui-même** : il en est ainsi, en matière de sépulture, ou de compétence dans la procédure de divorce ou de séparation de corps ; dans ces diverses hypothèses, le rôle joué par le Président, comporte des différences importantes.

a) **En matière de référé.** — Il doit statuer contradictoirement, le défenseur présent ou lui dûment appelé et l'ordonnance qu'il rendra aura un caractère provisoire, qui ne saurait faire suivant l'expression consacrée « préjudice au principal » ; cette formule signifie que ce qui a été jugé par le Président n'empêchera pas ultérieurement la partie qui se croira lésée, de saisir à nouveau le Tribunal. La catégorie des ordonnances de référé a été réglementée par la loi d'une façon assez sommaire, ainsi que les voies de recours, dont ces ordonnances sont susceptibles ; néanmoins, le législateur a édicté des règles qu'il nous appartiendra d'examiner et de discuter, alors surtout, que cette matière s'est considérablement développée depuis la guerre, notamment en raison de la multiplicité des transports, surtout de la circulation des automobiles et en raison aussi, de la complexité de la vie moderne et des conditions économiques actuelles.

Dans cette matière, il appartient de juger vite, pour donner satisfaction aux intérêts en souffrance, mais il ne faut pas d'autre part, que la rapidité ait lieu au détriment de l'idée d'équité et de justice ; aussi, appartiendra-t-il à la partie qui se croira lésée, de faire réviser

la décision qu'elle estimera lui être préjudiciable.

Les voies de recours dans cette matière, devront assurément, être promptes et rapides, mais elles nous paraissent d'autant plus nécessaires, que la décision originaire aura été rendue plus hâtivement et parfois, sur des documents insuffisants ou incomplets.

La loi, en matière de référé, envisage une seule voie de recours : à savoir, l'appel. Nous aurons à examiner s'il n'en existe pas d'autres, notamment, la tierce-opposition devant le Président, si les droits d'un tiers ont été lésés, ou d'autres voies de recours exceptionnelles, comme l'intervention en appel, ou la tierce-opposition devant la même juridiction à la suite de l'arrêt rendu.

b) La juridiction du Président diffère sensiblement de la première, **en matière d'ordonnances sur requête**. Il rend dans ce cas, des ordonnances sans contradicteur, sur la sollicitation d'une seule partie.

Ces ordonnances sont-elles soumises à son pouvoir discrétionnaire, comme certains auteurs l'ont soutenu et le soutiennent encore, en prétendant que le Président a un pouvoir souverain, lorsqu'il fait œuvre d'administration ou bien encore de juridiction gracieuse ?

Assurément, quand le Président autorise à assigner devant lui à un jour déterminé, ou qu'il commet un huissier pour signifier un acte ou remplace par un autre le juge décédé ou empêché de faire rapport sur délibéré ou instruction par écrit (C. P. C. 110), il fait œuvre d'administration et ses décisions n'étant susceptibles de léser aucun droit, ne sont pas attaquables, mais lorsqu'un légataire universel se fait envoyer en possession,

ou qu'un créancier demande à former une saisie-arrêt, et obtient une ordonnance immobilisant une somme importante, ce qui peut avoir pour effet de léser un droit, n'est-il pas possible à la partie lésée, de demander au juge qui a statué, sur des renseignements peut-être insuffisants ou des documents incomplets, de revenir sur sa décision.

Après avoir longtemps soutenu que les ordonnances de cette catégorie, dépendaient de la juridiction gracieuse du Président, la jurisprudence et la doctrine ont admis l'existence de l'opposition ou de la tierce-opposition de la partie lésée, devant le Président et ont autorisé celle-ci à le saisir à nouveau, pour lui demander la rétractation de l'ordonnance rendue, en permettant à la partie lésée, d'en appeler du juge mal informé au juge mieux informé.

Cette dernière, pourra alors se présenter comme un contradicteur véritable et faire valoir ses droits en présence du demandeur, comme en matière de référé.

La première ordonnance qui relevait de la juridiction gracieuse, deviendra à la suite de la seconde ordonnance, une décision contentieuse ; cette nouvelle ordonnance soumise contradictoirement au Président statuant comme juge du premier degré, pourra être frappée d'appel et soumise aux mêmes voies de recours que l'ordonnance de référé, et pourra même faire l'objet, dans des cas déterminés, d'un pourvoi en cassation.

La jurisprudence, en admettant le recours contre la catégorie des ordonnances sur requête, lésant un droit ou un intérêt, a créé toute une procédure en dehors de la loi et a agi comme le prêteur romain, en ce sens, que sous **l'empire de la nécessité**, elle a imaginé tout un

système général de voies de recours et cela, dans un but purement pratique ; nous nous réservons de nous étendre assez longuement sur cette œuvre très originale de la jurisprudence.

c) Enfin, nous nous proposons d'examiner dans une dernière partie, une troisième catégorie d'ordonnances : celles où le Président statue, non à titre provisoire, en exerçant, en quelque sorte une juridiction parallèle à celle du tribunal qui peut être appelé à statuer ultérieurement au fond, mais celles où il rend son ordonnance, **comme juge unique** et en prononçant une décision définitive comme le ferait le tribunal lui-même.

Il statue ainsi, dans certaines matières spécialement réservées par la loi, notamment dans une matière nouvelle, comme celle de la propriété commerciale, lorsque, les arbitres choisis par les deux parties sont en désaccord, sur la durée du bail et sur le prix du nouveau loyer, en matière de vente de fonds de commerce en ce qui concerne la procédure préalable à l'adjudication, ou, quand, à raison des circonstances, il importe comme en matière de funérailles, de rendre une décision rapide.

Dans ces différentes matières, que nous citons à titre d'exemples, le Président statue d'une manière définitive sous réserve d'appel s'il y a lieu.

Mais ce qui caractérise cette troisième catégorie d'ordonnance, c'est le rôle qu'y joue le Président, lequel, dans cette hypothèse, **statue à titre définitif comme le ferait le tribunal lui-même.**

La loi s'est d'ailleurs expliquée à cet égard et a investi le Président d'une mission spéciale, en édictant des

textes, et on ne saurait, à notre avis, critiquer le législateur, d'avoir donné au Président des pouvoirs spéciaux, en raison des cas d'une nature particulière qui sont à trancher.

Il va statuer, il est vrai comme juge unique et ce rôle lui est en réalité concédé à titre tout à fait exceptionnel par la loi, mais, généralement, il ne se prononce que comme juge du premier degré et sous réserve d'appel, ce qui constituera un correctif à son pouvoir discrétionnaire.

Mais, ce qu'il est moins facile d'expliquer, c'est le rôle réservé au Président par la jurisprudence, en matière de divorce ou de séparation de corps, lorsqu'il statue définitivement sur l'exception d'incompétence soulevée par le défenseur « *in limine litis* ».

Il semblerait conforme à l'esprit de la législation, que, si, dans cette hypothèse, le défendeur soulève l'exception d'incompétence au début de l'instance, la connaissance de cette exception, qui est susceptible de provoquer l'examen de questions de droit importantes, fût renvoyée au Tribunal.

Les cours d'appel ont pensé pendant longtemps, qu'il devait en être ainsi, et la généralité des décisions rendues par elles, l'ont été en ce sens ; mais depuis quelques années, sous l'influence de considérations d'un ordre purement pratique et surtout en vue de la simplification de la procédure, la jurisprudence a estimé que le Président était qualifié pour statuer lui-même, sur l'exception d'incompétence. La Cour de Cassation s'est prononcée nettement en ce sens. On dit que le Président, dans ce cas, agit comme juge **délégué** du tribunal.

Il faut avouer qu'on cherche, en vain, cette délégation dans la loi et qu'en innovant comme elle le fait sur ce point, la jurisprudence a fait une œuvre essentiellement prétorienne.

Cependant, il faut remarquer, qu'il s'agit d'une question d'incompétence relative, « *ratione loci* », qui n'est pas d'une importance primordiale ; les parties sont, en effet, obligées de subir la juridiction du Tribunal civil ; or, il importe peu, au point de vue de la décision au fond, que ce soit le Tribunal civil du domicile actuel du mari ou de son domicile précédent qui statue ; cet inconvénient est secondaire si on le met en balance avec les lenteurs d'une instance judiciaire sur la compétence, laquelle peut durer longtemps et retarder, par voie de conséquence, le sort de l'instance au fond.

Nous ne saurions donc, en raison des avantages pratiques qui en résultent, critiquer cette jurisprudence.

D'une manière générale, la tendance actuelle du législateur et de la jurisprudence, paraît être d'augmenter le nombre des cas où le Président du Tribunal devra statuer comme juge unique et cela, dans un but d'urgence et de célérité ; le législateur tend, de plus en plus, à permettre au Président de statuer seul dans des matières où la lenteur de la décision à intervenir compromettrait gravement le droit des parties ; la jurisprudence, de son côté, sous l'influence des circonstances, a érigé souvent le Président, comme juge unique, notamment quand il s'agit d'un droit lésé d'une manière flagrante, et de la nécessité de juger sans délai, ou, autrement dit, quand il y a péril en la demeure.

La pratique elle-même créant, en quelque sorte, un

droit coutumier ou un usage a modifié certains articles du Code de Procédure en en changeant en quelque sorte la lettre ; c'est ainsi qu'elle permet au juge-commissaire, dans une enquête, de donner lui-même commission rogatoire dans certains cas particuliers, au Président d'un autre tribunal pour la continuation de l'enquête, dans le délai légal (voyez les articles 255 et 266 C. P. C., Dalloz, Code Procédure civile annoté) ; c'est ainsi encore, qu'en matière de vente mobilière, le Président du Tribunal rend seul une ordonnance permettant de vendre le mobilier, dans un endroit autre que sur la place publique, bien que l'article 617 du Code de Procédure Civile, confie cette attribution au Tribunal.

On peut dire, dans l'occurrence et en donnant à ces exemples, une portée générale, que c'est la pratique qui a établi cet usage en interprétant l'esprit de la loi et en édictant, en quelque sorte une règle de bon sens, suggérée tant par les notions économiques nouvelles que par les mœurs actuelles qui comportent des solutions rapides.

Chapitre Premier

Première catégorie d'ordonnances : Les ordonnances de référé : voies de recours contre ces ordonnances.

Nous nous proposons d'étudier dans un premier chapitre une des attributions les plus importantes dévolue par la loi au Président du Tribunal civil, à savoir la juridiction des référés.

Cette étude a déjà été entreprise par de nombreux auteurs, soit dans des monographies, soit dans des livres spéciaux, soit dans les traités courants de procédure, soit dans des notes insérées sous les décisions de justice figurant dans les recueils périodiques de jurisprudence.

Cette matière, par les cas nouveaux qu'elle présente, par les décisions, en quelque sorte quotidiennes de la jurisprudence qui se renouvelle sans cesse, nous paraît devoir faire l'objet, encore actuellement, de certaines remarques intéressantes. Une première observation vient à l'esprit au début de ce travail, c'est que la juridiction des référés qui existait déjà avant le Code de Procédure, mais dont ce dernier a posé les règles, est une juridiction présidée par un juge unique, aussi, paraît-elle offrir par là même, bien qu'il ne soit statué par lui que provisoirement, une garantie en apparence moins grande que la

procédure ordinaire qui nécessite un tribunal, c'est-à-dire la réunion de magistrats statuant en nombre impair et siégeant au nombre de trois au moins (Loi du 30-31 août 1883, article 4).

C'est pourquoi l'existence des voies de recours, semble présenter le plus grand intérêt pour la sauvegarde des droits des parties : ceux-ci, en effet, risqueraient d'être compromis, s'ils devaient être subordonnés au prononcé d'une décision rapide avant tout, mais dépourvue d'un contrôle quelconque.

Pour nous conformer au titre de notre étude nous nous placerons au point de vue spécial des voies de recours et nous nous efforcerons de démontrer comment le caractère très particulier de la juridiction des référés exerce une influence marquée sur les voies de recours, soit à l'égard des délais de droit commun, soit quant aux effets de la décision rendue par le premier juge.

Ces dernières, d'après certains auteurs, ne paraîtraient s'appliquer que d'une manière exceptionnelle à cette juridiction spéciale, les décisions qu'elle rend ayant ce double caractère, d'être à la fois provisoires et exécutoires par provision dans tous les cas. Mais, personne ne conteste que les ordonnances de référé, pour pouvoir faire l'objet d'une voie de recours recevable devant la juridiction supérieure et susceptible d'être examinée par elle, doivent remplir au préalable, certaines conditions.

Ce sont ces conditions que nous allons examiner dans une première section où nous allons passer en revue dans autant de paragraphes, les cas où il y a lieu à référé, le caractère provisoire de l'ordonnance, la juridiction qui sera susceptible de statuer au fond, l'empêchement

pour le juge des référés de rendre une décision quand le tribunal sera saisi.

Puis, dans une seconde section, nous examinerons ces voies de recours elles-mêmes.

SECTION PREMIERE

Conditions que doit remplir l'ordonnance de référé pour donner lieu à un recours recevable devant la juridiction supérieure.

Un recours ne peut être recevable devant la juridiction supérieure que si l'ordonnance de référé remplit certaines conditions, sinon, cette juridiction ne serait pas qualifiée pour en connaître et rejetterait la décision du Président sans examiner le fond.

Ces conditions peuvent se résumer dans les quatre paragraphes suivants :

§ I. — **L'ordonnance de référé ne doit statuer que dans les cas d'urgence** ; ce caractère a bien été l'idée dominante des rédacteurs du Code de Procédure civile, puisque l'article 806, commence par ces mots « Dans tous les cas d'urgence ».

Mais, que faut-il entendre par « urgence » ? La loi n'a pas donné une définition de ce terme ; elle a seulement énuméré un certain nombre de cas dans lesquels

il y a lieu à référé, mais, en dehors de ces cas, l'urgence est une question d'espèce et notre code de procédure civile n'a pas reproduit la longue nomenclature des cas prévus par l'édit du 22 janvier 1685, lequel paraît bien avoir été le créateur de la juridiction des référés, en organisant la procédure du Châtelet qui autorisait le lieutenant civil à statuer par provision pour l'expédition des causes urgentes.

C'est donc au Président seul qu'il appartient d'apprécier le caractère d'urgence du litige, avec tout le discernement désirable et Réal, orateur du Gouvernement au Corps Législatif disait dans l'exposé des motifs du Code de Procédure Civile : « La loi s'explique assez clairement en n'attribuant à l'audience des référés que les cas d'urgence ; le discernement et la probité du Président ou du délégué feront le reste. Renvoyant à l'audience les contestations qui ne seraient portées à l'hôtel que par une indiscrete et avide précipitation, il n'hésitera pas à prononcer sur celles auxquelles le moindre retard, ne fut-il que de quelques heures, peut porter un préjudice irréparable ».

Mais est-ce à dire en s'appuyant sur ces derniers mots qu'il y a urgence, toutes les fois qu'il y a menace d'un préjudice irréparable et seulement dans ce cas ?

Cette formule est, à notre avis incomplète et trop restrictive ; il y a urgence, toutes les fois que le retard apporté à une solution provisoire met en péril, les intérêts d'une des parties.

Ainsi l'urgence n'est pas douteuse en présence de la situation précaire, soit du bénéficiaire d'une pension, soit du titulaire d'une rente viagère l'une et l'autre ayant

un caractère alimentaire, et constituant l'unique ressource que les titulaires ont pour faire face aux nécessités de la vie quotidienne (V. arrêt de la Cour de Paris, 8^e chambre des 25 janvier et 3 mai 1917. S. 1917-2-113). Chaque fois qu'elle est invoquée devant lui, le Président jouit d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire et décide si elle est suffisante pour lui donner le droit d'intervenir.

L'urgence étant avant tout, une question de fait, échappe au contrôle de la Cour de Cassation.

La jurisprudence de la Cour suprême a d'ailleurs consacré maintes fois ce principe : Ch. req. 20 juillet 1882, D. P. 83-1-161. Ch. req. 20 juillet 1893, D. P. 93-1-597. Ch. req. 10 mai 1898, D. P. 98-1-388. Ch. req. 3 décembre 1900, D. P. 1901-1-584. Civ. 14 novembre 1917, D. P. 1917-1-181. Ch. req. civ. 7 et 14 novembre 1921, D. P. 1925-1-165. Ch. req. 6 février 1929, S. 1929-1-88.

Les Cours d'appel jugent constamment dans ce sens et à la lecture de leurs arrêts, on dégage le principe que le caractère d'urgence de la mesure sollicitée est apprécié souverainement par le Président du Tribunal civil.

Enfin, un grand nombre d'auteurs adoptent la manière de voir de la jurisprudence (Bertin, ord. sur req. et sur réf. t. II n° 162 et suiv., De Belleyme, op. cit. t. I p. 375. Tissier, notes sous Paris, 1^{er} août 1890 (P. et S. 92-2-49) et sous Toulouse, 22 février 1893 (P. et S. 93-2-273. Garsonnet et César-Bru, t. 8, § 1991, p. 297).

Et il est bon d'ajouter qu'on admet aussi d'une manière presque unanime que le juge des référés constate suffisamment l'urgence et motive sa décision, comme bon lui semble, soit qu'il se base sur l'assignation déli-

vrée par le demandeur et qui explique les causes de l'urgence, soit qu'il se réfère aux faits exposés par les parties et reconnus par elle dans les débats ayant lieu devant lui.

Nous ferons remarquer ici, qu'en disant dans le présent paragraphe que le juge des référés n'est compétent que dans les cas d'urgence, nous nous sommes servis d'une formule un peu restrictive.

L'article 806 du Code de Procédure civile, dit, en effet, que le juge des référés peut intervenir « dans tous les cas d'urgence » **ou** lorsqu'il s'agira de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement ».

Mais, cette seconde hypothèse se rapproche beaucoup de la première car, bien qu'on établisse généralement une distinction entre les cas d'urgence et ceux relatifs aux difficultés concernant l'exécution d'un titre exécutoire, on peut dire que lorsqu'il y a conflit au sujet de l'exécution d'un titre, et que l'examen du litige à cet égard ne peut être différé, il y a certainement urgence.

Les ordonnances de référé qui statuent sur les questions relatives à l'exécution d'un titre visent, pour la plupart tant l'exécution que l'urgence.

Nous pouvons en dire autant des référés prévus par les textes.

Ces référés qui s'appliquent à des hypothèses assez nombreuses et auxquelles nous ferons allusion, au cours de notre étude, interviennent soit isolément, soit au cours d'une instance où il importe de statuer rapidement.

Ces référés sont basés sur des raisons d'urgence, et rentrent également dans le cadre de notre paragraphe.

§ 2. — **Caractère provisoire des ordonnances du juge des référés.**

Un autre trait particulier des ordonnances de référé posé par les articles 806 et 809 du Code de Procédure civile, c'est que le juge ne peut prendre que des mesures provisoires et que son ordonnance, selon la lettre de la loi elle-même, « **ne fera aucun préjudice au principal** ».

Il faut expliquer le sens de cette formule :

Elle signifie que le juge des référés n'a pas compétence pour statuer sur le fond du droit, dans le litige qui lui est soumis ; il ne pourrait par exemple, interpréter la clause d'un contrat ou en ordonner la résiliation, statuer sur l'existence d'un droit de propriété ou sur la dévolution d'une succession, allouer des dommages-intérêts.

Ainsi, lorsqu'une difficulté soulevée devant lui est telle qu'il ne peut la trancher qu'en préjugant le fond, il doit se déclarer incompétent.

Mais, cela ne veut pas dire que les décisions rendues en référé, n'exercent en droit, aucune influence sur le principal.

Dans beaucoup de circonstances, les conséquences de fait des ordonnances de référé sont de nature à causer un dommage irréparable à l'une des parties. En matière de scellés par exemple, quand il s'agit d'autoriser ou d'interdire une opposition ou une mainlevée sans description immédiate ; en matière de saisie-exécution, de passer outre à des poursuites ; en matière de location, de prescrire l'expulsion d'un locataire ou de lui conserver la jouissance des lieux.

D'ailleurs, la formule de la loi que l'ordonnance de

référé ne fait pas préjudice au principal, ne veut pas dire qu'elle ne doive jamais causer de préjudice. En effet, les mesures provisoires qu'il peut y avoir lieu d'ordonner ne peuvent être rendues sans atteindre l'une ou l'autre des parties.

Si, aux termes de l'article 809 du Code de Procédure civile les ordonnances de référé ne doivent faire aucun préjudice au principal, il n'en résulte pas que, dans aucun cas, le juge des référés n'ait qualité pour prescrire, à titre provisoire, une mesure pouvant causer à une des parties un préjudice sérieux et quelquefois irréparable.

Spécialement, en cas de saisie-arrêt, le juge du référé pouvait, en vertu d'une jurisprudence déjà ancienne et sans excéder ses pouvoirs, autoriser le débiteur saisi à toucher provisoirement les quatre cinquièmes de ses appointements en se fondant sur le caractère alimentaire de ce salaire (Cass. Req. 1874, D. P. 74-1-444).

Si donc, la saisie-arrêt ne garantit que partie de la créance et si le saisi devient insolvable, la mainlevée partielle ordonnée par le juge pourra compromettre la créance, mais le juge des référés n'a statué que provisoirement et il appartiendra au créancier saisissant de saisir le juge au fond.

Mais l'ordonnance de référé n'a jamais qu'un caractère provisoire et de là, découle une conséquence très importante, c'est que celle-ci n'a pas l'autorité de la chose jugée.

Mais il faut bien s'entendre à cet égard : assurément les ordonnances de référé de même que les jugements provisoires statuent définitivement en ce qui concerne les mesures provisoires qu'ils prescrivent, et celles-ci ne

peuvent être remises en question, mais il en serait autrement dans le cas où les circonstances auraient été modifiées, ce qui se produit souvent en matière de pension, de résidence ou de garde d'enfant, ou de mesures conservatoires, relatives à un intérêt pécuniaire qui se présentent souvent en matière de divorce ou de séparation de corps, au cours de l'instance (Voir Code civil, articles 208, 209, 242).

D'autre part, l'ordonnance de référé ayant un caractère provisoire, ne crée pas un droit acquis, (Nancy, 31 août 1867, D. 68-2-150). La partie qui l'a obtenue ne fait que se priver du droit d'interjeter appel si elle n'a pas recours à cette mesure, mais non de faire statuer sur le principal.

Comme autres conséquences de la nature provisoire des ordonnances de référé, nous indiquerons que les assignations devant la juridiction du Président n'interrompent pas la prescription ; que les incapables peuvent se présenter en référé avec l'assistance des personnes chargées de les représenter ou de les assister et sans l'accomplissement des conditions de forme, exigées par la loi dans les instances devant le Tribunal (Cas. 28 juin 1892, S. 93-1-415, D. P. 92-1-378).

§ 3. — L'ordonnance ne peut statuer que sur un litige dont la connaissance est susceptible d'appartenir quant au fond, au Tribunal civil.

En principe et suivant l'opinion aujourd'hui dominante en doctrine et en jurisprudence, la compétence du juge des référés doit être restreinte au litige dont la con-

naissance appartient, ou devra appartenir quant au fond, au Tribunal civil.

Les articles 806 et suivants du Code de Procédure civile, sont inapplicables dans toutes les matières déferées par la loi à une juridiction spéciale, notamment, dans les litiges qui sont de la compétence des juges de paix, des tribunaux de commerce, des juridictions administratives et même, dans les matières-spéciales.

Ce principe s'applique notamment aux matières de justice de paix.

On fait remarquer qu'en fait, le juge de paix juge aussi rapidement que le juge des référés ; les décisions de l'un et de l'autre peuvent être notamment déclarées exécutoires sur minute, s'il y a péril en la demeure (loi du 25 mai 1838, art. 11 et 12).

L'incompétence du juge des référés en ces matières nous paraît résulter du principe même de la séparation des juridictions.

Le Président ne peut et ne doit connaître du référé que si le tribunal est susceptible de connaître du fond ; il ne peut être exposé à voir son ordonnance, statuant au provisoire, contredite par la juridiction devant juger au principal.

Il s'agit là, d'une incompétence absolue et d'ordre public : ainsi le juge des référés est incompétent pour ordonner une expertise aux fins de constater et d'évaluer des dommages-intérêts causés aux champs et aux récoltes par les animaux.

Le juge des référés ne peut statuer, même en cas d'urgence, sur les litiges basés sur une action possessoire : il en serait ainsi d'une instance introduite devant lui rela-

tive aux entreprises commises dans l'année sur les cours d'eau, servant au mouvement des usines ou de faits de troubles apportés à celui qui est en possession d'un droit de passage basé sur l'enclave ou sur un titre conventionnel et invoquerait la complainte possessoire.

Le juge des référés serait également incompétent pour nommer un expert à l'effet de constater et d'évaluer à l'occasion d'un règlement de compte, entre un bailleur et un colon partiaire, les malfaçons commises par ce dernier, sur le domaine qui fait l'objet du bail.

Il en est ainsi en matière commerciale, mais cette question n'offre aujourd'hui que très peu d'intérêt, depuis que le Président du tribunal de commerce est compétent pour connaître, au provisoire et en cas d'urgence, des affaires sur lesquelles il a compétence au fond (loi du 11 mars 1924).

Cependant, il importe de remarquer que la loi du 11 mars 1924 instituant la procédure du référé en matière commerciale n'ayant attribué compétence au Président du tribunal de commerce, dans tous les cas d'urgence, qu'à la condition que ces cas rentrent dans la compétence des tribunaux de commerce, le Président de ce tribunal est incompétent pour connaître en référé des difficultés relatives à l'exécution d'un jugement rendu par un tribunal de commerce, les tribunaux de cette nature ne connaissant pas, aux termes de l'article 442 C. P. C. de l'exécution de leurs jugements (Paris, 19 octobre 1925 et la note 1925-2-25). La Cour de Paris vient de juger récemment que, lorsqu'un conflit s'élève à l'occasion d'une cession d'actions d'apports encore attachées à la souche et non négociables en bourse, cession qui ne pourrait

intervenir que par la voie civile à laquelle les parties ont recours en fait, le Président du tribunal civil est seul compétent à l'exclusion du Président du tribunal de commerce, pour statuer en référé sur une difficulté relative à l'exécution de la cession (arrêt Cour de Paris, du 24 juillet 1929, S. 1930-2-143 et la note).

On admet également, en matière administrative, que l'incompétence du Président du tribunal civil s'impose, en raison du principe de la séparation des pouvoirs.

Cependant, comme le référé ne paraît pas admis devant la juridiction administrative, on en a déduit que le Président du tribunal civil devait pouvoir statuer même en matière administrative, sur les litiges constituant des cas de référé, d'après les termes de l'article 806 du Code de Procédure civile.

Mais, actuellement, l'opinion à peu près unanime admise par la jurisprudence, est de dénier, en principe compétence au Président du tribunal pour statuer en référé sur les matières où le jugement du fond appartient à la juridiction administrative.

La jurisprudence a fait, en matière de dommages causés par l'exécution de travaux publics de très nombreuses applications de ce principe que le juge des référés est incompétent dans les litiges d'ordre administratif : c'est ainsi qu'en dépit de l'urgence, il ne peut ordonner une expertise, lorsqu'il s'agit de travaux publics, que ceux-ci soient terminés ou en voie d'exécution ; c'est à l'autorité administrative qu'il appartient en pareil cas d'ordonner une expertise, et l'incompétence du juge des référés étant une incompétence « *ratione materiae* » doit être déclarée d'office (Cass. Civ. 19 février 1900, D. P.

1900-1-506. Trib. Conflits, 28 juillet 1894, D. P. 95-3-72).

Le juge des référés est incompétent pour statuer sur la demande du propriétaire au cas où les travaux apportent des entraves à l'accès de sa maison sur la voie publique. De même, il ne peut ordonner une expertise tendant à la constatation du dommage attribué aux exercices de tir ordonnés par l'autorité militaire (Alger, 9 février 1881. D. P. 82-2-16).

La règle doit être la même pour les procédures spéciales, notamment celles qui s'adressent à la chambre du conseil ou à la juridiction des loyers ou dans les matières d'enregistrement et les contributions indirectes.

Cela nous paraît être une application de la règle « *speciala derogant generalibus* ».

La jurisprudence décide encore généralement que lorsque des poursuites sont engagées en vertu d'un titre exécutoire (jugement ou arrêt passé en force de chose jugée) auquel provision est due, il n'appartient pas au juge des référés, d'en arrêter l'effet en accordant un délai de grâce au débiteur, le juge des référés ne pouvant faire ce que le Tribunal n'a pas le droit de faire lui-même, sans porter atteinte à la chose jugée (article 1244 C. C. et 133 C. P. C. Voir aussi C. Dijon 20 novembre 1929. Gaz. Pal. 1930, première partie, page 444).

§ 4. — Empêchement pour le juge des référés de statuer dans le cas où le juge du principal est saisi.

La question de savoir si le juge des référés peut en cas d'urgence, juger dans une instance déjà engagée devant le tribunal a été diversement résolue.

On a admis, pendant longtemps que, lorsque le tribunal est saisi au principal, son Président ne peut plus statuer en référé même à titre provisoire, sur une demande se rattachant à cette instance.

Cette opinion est abandonnée aujourd'hui et on admet que le juge des référés est compétent dans le cas où les parties sont déjà engagées devant le juge du fond, dès lors que l'urgence est constatée expressément et que les mesures ordonnées ne font pas préjudice au principal.

Il s'agit, par exemple, d'une action en revendication d'immeuble urbain, pendante devant le juge du fond ; bien que le tribunal soit saisi, le juge des référés n'en est pas moins compétent pour nommer, à titre provisoire, un séquestre pour toucher les loyers.

En effet, la mesure sollicitée présente tous les caractères de l'urgence, en raison du danger de laisser s'accumuler le montant des loyers entre les mains des locataires pouvant devenir insolvables. Il en est également ainsi en matière de divorce ou de séparation de corps au sujet des mesures urgentes soumises au juge des référés en cours d'instance (Civ. Cass. 2 mars et 4 mai 1910, D. P. 1910-1-385. S. 1912, P. 580, C. Req. 17 février 1930. S. 1930-1-216).

Cette règle comporte, il est vrai, une exception en matière de saisie-arrêt : dans ce cas le juge des référés n'a pas pouvoir de réduire à néant cette saisie, même si elle n'a été pratiquée qu'en raison d'une ordonnance émanant de lui et rendue à charge de lui en référer, quand le tribunal est saisi de la demande en validité.

Mais s'il en est ainsi en cette matière, et si le juge des référés se déclare incompétent quand le tribunal est

saisi, c'est pour ce motif que si l'ordonnance mettait à néant ou réduisait la saisie-arrêt, elle rendrait inutile et sans portée l'instance introduite et partant la décision sur le fond et ferait ainsi nécessairement préjudice au principal ce qui serait contraire à la disposition de l'article 809 du Code de Proc. civ. aux termes duquel « les ordonnances sur référé ne feront aucun préjudice au principal ».

§ 5. — Particularités de la procédure.

Ce paragraphe dépasse, à vrai dire le cadre de notre sujet, mais comme nous serons obligés de faire souvent allusion à la procédure du référé, il nous a paru indispensable d'en parler tout au moins sommairement.

La procédure du référé diffère à plusieurs points de vue de la procédure ordinaire. C'est ainsi que devant le juge des référés, le préliminaire de conciliation n'est pas exigé en raison de la nécessité d'agir rapidement.

Que, si dans la procédure ordinaire, le délai de l'ajournement qui saisit le tribunal est de huitaine, l'art. 807 du Code de Procédure civile ne fixe aucun délai pour la comparution du défendeur ; cela s'explique par le caractère urgent de la procédure.

On se contente d'exiger d'une manière générale que les droits de la défense soient respectés et c'est au juge qu'il appartient d'apprécier selon les circonstances, s'il s'est écoulé un délai suffisant pour que la partie assignée ait pu préparer sa défense (de Belleyne, t. 2, p. 405, Req. 22 janvier 1901, D. P. 1901-1-94. S. 1901-1-331).

Une autre particularité de cette procédure, c'est que,

tandis qu'aux termes de l'article 154 du Code de Procédure civile, le défendeur qui a constitué avoué, peut prendre défaut contre le demandeur qui ne comparait pas, devant le juge des référés le défaut contre le demandeur n'existe pas ; d'une façon générale, lorsque celui-ci ne se présente pas, le juge considère la citation comme non avenue et la demande devra être introduite à nouveau à moins, toutefois, que le demandeur ne se faisant un jeu d'introductions successives et répétées, de la même demande, le défendeur ne se plaigne de cette procédure abusive, et ne demande au Président de statuer.

Dans ce cas, il apparaît, d'après nous, qu'il y aurait lieu à défaut-congé.

D'autre part, alors que, dans la procédure ordinaire, l'article 150 C. P. C. déclare que si le demandeur comparait seul et que le défendeur est défaillant, le défaut doit être prononcé contre lui et les conclusions adjudgées au demandeur si elles sont justes et bien vérifiées, en matière de référés le juge n'est pas obligé de donner défaut, il peut ordonner que le défendeur sera réassigné, et rend son ordonnance comme il le croit convenable (de Belley-me, t. 2, p. 34, 2^e édition. Garsonnet, César Bru, t. VIII, § 3001).

Enfin, en ce qui concerne la forme de la procédure, nous indiquerons qu'aux termes du décret du 11 décembre 1926, l'appel de l'ordonnance de référé est déféré à la Cour qui siège composée de trois magistrats au moins, Président compris ; toutefois lorsque, un référé aura été renvoyé devant le tribunal, l'appel en sera jugé par cinq magistrats.

SECTION DEUXIÈME

Voies de recours contre les ordonnances sur référé.

Nous diviserons cette section en deux paragraphes : le premier s'appliquant aux voies de recours émanant de la partie adverse : le défendeur, et le second, à celles formées par un tiers.

§ I. — Voies de recours soulevées par le défendeur.

Nous étudierons successivement :

- a) L'opposition.
- b) L'appel.
- c) Le pourvoi en cassation.
- d) La requête civile.
- e) La prise à partie.

a) **L'OPPOSITION.** — L'article 809 du Code de Procédure civile énonce formellement cette règle péremptoire « Elles (les ordonnances) ne seront pas susceptibles d'opposition ».

Cette disposition se justifie à n'en pas douter par le caractère d'urgence de ces ordonnances que nous avons exposé dans notre 1^{re} section ; le législateur n'a pas voulu que le défendeur défaillant pût, au moyen de l'opposition qui est la règle dans la procédure ordinaire, retarder la procédure du référé et rendre ainsi inefficace une mesure qui doit être prise immédiatement.

De plus, et en raison du caractère provisoire des or-

donnances de référé que nous avons également dégagé, le législateur a pensé que cette mesure exceptionnelle ne pourrait pas causer un préjudice irréparable au défaillant (Bertin, t. 2, N° 368. Garsonnet et César Bru, 2^e édit., t. VIII, § 3011).

Cette seconde raison nous paraît moins plausible que la première, car il est des cas où la décision rendue par le juge des référés, bien que n'ayant qu'un caractère provisoire peut causer au défendeur un dommage grave.

Mais, si l'application de cette disposition légale ne soulève pas de difficultés à l'égard de l'opposition contre les ordonnances de référés rendues par le Président, il n'en est pas de même vis-à-vis de l'opposition contre les arrêts rendus par défaut sur l'appel des ordonnances de référés. La loi étant muette sur ce point, il appartient aux interprètes d'adopter une solution et plusieurs opinions ont été émises.

Les partisans du système qu'on pourrait appeler restrictif se basent sur les termes de l'article 809, § 2, pour dire que, dans l'esprit de la loi, l'opposition n'est pas plus recevable contre les arrêts rendus par défaut sur l'appel des ordonnances, que contre les ordonnances elles-mêmes (Bordeaux, 12 janvier 1888, D. P. 89-2-167. Pau, 7 juillet 1920, S. 1921-2-42) cet article dispose en effet que l'appel des ordonnances de référé « sera jugé sommairement et sans procédure ». N'est-il pas facile d'en déduire qu'ici encore la volonté du législateur a été de ne pas entraver la marche de la procédure et que l'urgence se rencontre en appel comme au premier degré (Bazot, p. 398, suiv. op cit, Bertin, op cit, t. 2, N° 369).

Un autre système qui paraît être celui de la Cour de

Cassation est celui qui s'en rapporte au droit commun et considère que l'opposition constitue une voie de recours ouverte contre toutes les décisions par défaut indispensables pour sauvegarder les droits du défaillant et qui ne peut être écartée qu'en raison d'un texte formel ; qu'en conséquence, la disposition tout à fait exceptionnelle de l'article 809 ne doit pas être étendue au-delà de son texte (Cass. civ. 26 août 1879, S. 79-1-453. 15 avril 1891, S. 91-1160).

Mais la jurisprudence des Cours d'Appel paraît être en opposition avec celle de la Cour Suprême (Bordeaux, 12 janvier 1888, S. 1890-2-7. Voyez Paris 4 août 1904 et 9 août 1905, S. 1906-2-297 et la note).

B) **L'APPEL.** — En ce qui concerne l'appel, celui-ci est réglementé par l'article 809 C. P. C. et il présente de notables particularités qui le différencient du droit commun.

a) On peut remarquer que la faculté d'appel des ordonnances de référé, bien que soumise à des délais assez courts, prive ces décisions d'une partie de leur avantage, en raison de la lenteur des appels même en cette matière.

Une première question que l'on doit se poser est celle de savoir si la loi prend en considération pour l'appel comme dans la procédure ordinaire, la valeur du litige. La réponse à cette question est donnée par la jurisprudence, car la loi est muette sur ce point. Les Tribunaux ont jugé plusieurs fois que, relativement à la détermination du premier et du dernier ressort, les ordonnances de référé sont soumises aux mêmes règles que les jugements ordinaires. Ainsi, une ordonnance de référé rendue

sur une demande inférieure à 1500 francs est en dernier ressort.

Cependant, l'appel est recevable contre l'ordonnance s'il s'agit de choses d'une valeur indéterminée, lorsque l'ordonnance a pour objet de décider au provisoire si les poursuites faites en vertu dudit jugement seront ou non continuées.

Si nous revenons aux particularités de l'appel en matière de référé, nous remarquons que le délai d'appel est, en raison de l'urgence, non de 2 mois comme en matière ordinaire, mais de quinzaine. Ce qu'il y a de spécial à ce délai, c'est que ce n'est pas un délai franc auquel s'applique la règle « *Dies termini non computatur in termino* ». L'appel doit être fait au plus tard, dans la quinzaine du jour à dater de la signification de l'ordonnance et non le lendemain (de Belleyme, t. I, p. 435. Bertin, t. 2, n° 390. Paris, 30 septembre 1880, S. 81-2-28).

Ce délai, toujours en raison de l'urgence n'est pas susceptible d'augmentation en raison des distances.

Une autre particularité du délai d'appel, c'est qu'il peut être interjeté dans la huitaine de l'ordonnance et par conséquent, immédiatement après cette ordonnance ; l'article 809 C. P. C. contient une dérogation expresse à l'article 449. Cette règle est motivée par le fait qu'en matière d'ordonnance de référé l'exécution provisoire est de droit, même sans caution, si le juge n'a pas ordonné d'en fournir une.

b) Quant aux effets de l'appel, celui-ci à la différence de ce qui existe en droit commun, n'est pas suspensif

toujours en raison du caractère exécutoire par provision de l'ordonnance de référé.

c) Il nous faut encore signaler certaines particularités de procédure. Suivant le droit commun (article 456 C. P. C.) la signification de l'appel doit être faite à personne ou à domicile réel. En matière d'ordonnance de référé, cette signification peut être notifiée au domicile élu dans la convention qui a donné lieu au litige (Paris, 20 janvier 1877, D. 77-2-67).

Enfin, une question controversée est celle de savoir si la cour peut user du droit d'évocation tel qu'il est prévu par l'article 473 du Code de Procédure civile.

La jurisprudence paraît admettre sur ce point la solution affirmative (Bordeaux, 22 janvier 1896, D. P. 1899-11-145 ; Cass. Req. 28 janvier 1919).

Cependant, nous remarquons une décision en sens contraire de la cour d'appel de Nîmes du 25 février 1919, (D. 21-2-88), qui a décidé que le juge d'appel qui amende une décision pour cause d'incompétence ne peut évoquer le fond que s'il est lui-même compétent pour connaître du litige soumis au premier juge.

Mais il est nécessaire d'indiquer que cette décision est un cas d'espèce dont la date est antérieure à la loi qui a créé la juridiction des référés, en matière commerciale.

C) LE POURVOI EN CASSATION. — On sait que le pourvoi en cassation est une voie de recours extraordinaire ouverte contre un arrêt ou un jugement rendu en dernier ressort pour obtenir que cet arrêt ou ce jugement soit mis à néant s'il a été rendu en violation de la loi ; l'effet de l'admission du pourvoi est de remettre les par-

ties dans le même état qu'avant la décision attaquée.

Or, comme nous l'avons indiqué précédemment, l'ordonnance de référé ne prescrit que des mesures provisoires réservant le fond, et un premier système décide que cette voie de recours n'est pas possible puisque la condition de tout pourvoi est l'impossibilité absolue de revenir sur la décision attaquée par une autre voie juridique quelconque.

Un système opposé considère que le pourvoi est recevable, car la décision intervenue bien que n'ayant qu'un caractère provisoire peut causer à la partie adverse un préjudice définitif. En ce sens, nous citerons l'opinion de Bertin qui émet l'avis que le Président alors qu'il statue sur les « difficultés qui surviennent à l'occasion de l'exécution des jugements, exerce un pouvoir considérable et que ses décisions provisoires exécutoires par provision, n'ont rien de commun avec les décisions rendues dans les circonstances ordinaires par le Tribunal ».

La question d'exécution, ajoute Bertin, apparaît dans des conditions autres devant le juge des référés que devant le tribunal.

Le juge des référés aura à statuer uniquement sur le point de savoir si le titre authentique ou le jugement devra être exécuté, alors que le jugement statuera sur le fond du droit, et comme conséquence de son appréciation à cet égard, accordera ou refusera l'exécution (Ordon. sur req. et sur Réf., tome II, N° 396 et suivants).

Enfin, un système intermédiaire soutient qu'il faut établir une distinction ; qu'en principe les ordonnances de référé ne peuvent être attaquées par le pourvoi, puisque la partie lésée peut toujours se pourvoir au princi-

pal, mais que, cependant le pourvoi serait recevable en cas d'incompétence ou d'excès de pouvoir. (Garsonnet, t. 8, § 3013, p. 343, 2^e édition).

A notre avis, il nous semble que le pourvoi est recevable ; puisque l'article 809 C. P. C. n'écarte que l'opposition, on peut en déduire que toutes les autres voies de recours sont possibles ; le pourvoi nous paraît bien avoir son utilité, car l'ordonnance du Président, bien que n'ayant qu'un caractère provisoire peut causer à la partie adverse un préjudice aussi grand que serait susceptible de le faire une décision définitive : telle est, par exemple, l'ordonnance prescrivant la continuation des poursuites. Mais, pour que le pourvoi soit recevable, il faut que l'ordonnance rendue soit définitive, si elle est en dernier ressort, ou qu'elle ait été préalablement portée devant la cour d'appel si elle n'est qu'en premier ressort. La règle est en effet que pour se pourvoir en cassation, il faut que les voies ordinaires de recours soient épuisées.

La jurisprudence de la cour suprême sur ce point est contradictoire. Cependant, l'idée qui paraît se dégager à la lecture de ses arrêts c'est que le pourvoi n'est possible que dans les cas tout à fait exceptionnels où la décision rendue par le Président, présente un caractère définitif (Cas. Civ. 6 novembre 1865. S. 66-1-44). En outre, il n'est pas contesté que le pourvoi est ouvert contre les ordonnances de référé pour cause d'incompétence ou d'excès de pouvoir (Cas. 3 juillet 1889. S. 90-1-465).

Ajoutons qu'un projet de loi relatif à l'extension de la compétence du Président du Tribunal civil en matière de référé déposé le 7 novembre 1911 à la Chambre des

Députés par M. Cruppi, garde des sceaux, vise expressément le pourvoi en cassation comme voie de recours contre les ordonnances de référé, sans aucune restriction. « L'ordonnance pourra, est-il dit dans ce projet, être attaquée par la voie du recours en cassation, suivant les règles ordinaires (Chambre des Députés, annexe au P. V. de la séance du 7 novembre 1911, n° 1272) ».

D) **LA REQUÊTE CIVILE.** — Nous ne ferons que dire un mot de cette voie de recours extraordinaire, très peu employée dans la pratique et qui semble absolument en opposition avec la nature du référé.

On sait qu'aux termes de l'article 480 C. P. C. la requête civile est une voie extraordinaire ouverte aux parties pour obtenir dans les cas limitativement énumérés par la loi, la rétractation de jugements contradictoires rendus en dernier ressort par les tribunaux de première instance ou d'appel et de jugements par défaut, également rendus en dernier ressort et non susceptibles d'opposition.

Les auteurs sont d'accord pour admettre que la requête civile ne peut être dirigée contre les ordonnances de référé, même rendues en dernier ressort, car la partie lésée peut saisir le juge qui a rendu l'ordonnance pour lui demander de modifier ou de rapporter les mesures par lui ordonnées si les circonstances ont changé ou sinon, se pourvoir au principal (de Belleyme, p. 441. Garsonnet et César Bru, tome 8, § 3013, 2^e édition).

La requête civile paraît donc inutile en référé ; ajoutons que la question ne semble pas jusqu'à présent s'être présentée en jurisprudence.

E) **LA PRISE A PARTIE.** — Nous serons également très brefs sur cette voie de recours d'un caractère très spécial, ouverte par l'article 505 C. P. C. à une partie contre un juge pour obtenir réparation du préjudice que lui cause la faute de ce juge.

Le cas est encore ici d'une application très rare ; cependant, les auteurs sont d'accord pour admettre cette voie de recours extraordinaire spécialement au cas de déni de justice donnant au mot « JUGE » une interprétation extensive comme désignant toutes les personnes qui rendent la justice dans toutes les juridictions (Garsonnet, César Bru, t. VIII, § 3013, 2^e édition, Curet, op. cit. § 1015).

§ 2. — **Voies de recours émanant d'un tiers. — Intervention et tierce-opposition.**

Ce second paragraphe sera consacré à l'étude des voies de recours contre l'ordonnance de référé émanant non plus de la partie adverse mais d'un tiers qui se prétend lésé par cette ordonnance.

C'est une question qui est d'un très grand intérêt pratique, surtout, depuis l'extension des relations économiques et des rapports internationaux entre les différents pays ; cet état de choses a élargi le cadre de la juridiction des référés et a provoqué des décisions de plus en plus nombreuses, susceptibles de porter préjudice à des tiers qui se manifestent parfois sous la forme de personnes morales ayant à faire valoir des droits et des intérêts importants, comme de grandes sociétés commerciales ou même des états créanciers de sommes importantes.

Les voies de recours qui leur sont offertes, sont l'intervention et la tierce-opposition.

Nous allons examiner successivement ces deux procédures.

A) **L'INTERVENTION.** — L'intervention est admise devant le juge des référés, car la loi ne l'interdit pas et en outre elle n'est pas de nature à retarder la solution de l'instance principale, puisqu'elle se produit au moment où celle-ci est soumise au juge, et elle est susceptible de donner satisfaction aux différents intérêts en jeu, ou du moins de faire apprécier ceux-ci par le juge compétent. Un cas qui se présente assez souvent dans la pratique est le suivant : un créancier exerce des poursuites contre son débiteur qui est séparé de biens d'avec sa femme et veut saisir le mobilier se trouvant chez cette dernière. Celle-ci qui est propriétaire des objets saisis doit pouvoir intervenir sur la demande en nullité des poursuites introduites par le mari contre son créancier ; au préalable elle devra même pouvoir intervenir sur l'instance en référé qui sera dirigée par le mari contre le saisissant pour demander qu'il soit sursis aux poursuites, en attendant que le litige entre son mari demandeur au principal en nullité de la saisie, le créancier saisissant défendeur à l'instance et elle-même intervenante puisse être tranchée par le juge du fond.

On peut envisager une situation identique de procédure, se produisant sur une demande en distraction de saisie-exécution introduite à la demande d'une femme séparée de biens contre le créancier saisissant et le mari, partie saisie, tous deux pris comme défendeurs à l'ins-

tance : la femme pourrait intervenir en référé pour faire surseoir aux poursuites au cas où le créancier saisissant, armé d'un arrêt passé en force de chose jugée, croirait devoir passer outre à la demande en distraction de la femme, et continuer la saisie-exécution par la vente des objets saisis (art. 609 C. P. C.)

L'intervention soulève certaines difficultés en appel ; cela tient à l'existence d'un texte qui en restreint les effets.

L'article 466 C. P. C. dispose, en effet, qu'aucune intervention n'est reçue en appel si ce n'est de la part de ceux qui auraient droit de former tierce-opposition ; on soumet donc l'intervention aux règles de la tierce-opposition prévue par l'article 474 C. P. C., ce qui nous paraît bien exiger que deux conditions sont requises pour l'intervention en appel. Il faut : 1° Que la partie intervenante n'ait été ni appelée ni représentée en première instance ; 2° Que la décision qui sera rendue puisse préjudicier à ses droits.

Alors qu'en première instance, un intérêt quelconque, même éventuel (10 mai 1924. Civ. D. P. 1924-1-213) suffit pour justifier une intervention, il faut, en appel, que l'arrêt à intervenir soit susceptible de préjudicier aux droits de l'intervenant de telle façon qu'il pourrait y former tierce-opposition.

C'est ainsi, par exemple, que ceux dont l'intervention est simplement conservatoire, tels que les créanciers chirographaires de l'une des parties qui viennent surveiller et appuyer sa défense, peuvent intervenir en première instance mais ne le peuvent pas en appel.

Ceux dont l'intervention est agressive, qui sont des

tiers, et ont un droit à sauvegarder et un intérêt à faire valoir, peuvent intervenir en appel, car eux seuls pourraient faire tierce-opposition au jugement ou à l'arrêt.

L'exception ainsi faite au principe de la recevabilité de l'intervention de tiers en appel et qui n'est qu'une application du principe de l'interdiction des demandes nouvelles en appel (art. 461 C. P. C.) doit être restrictivement interprétée ; les termes de la loi sont impératifs ; celui qui ne peut faire tierce-opposition ne peut intervenir en appel.

B) LA TIERCE-OPPOSITION. — On a considéré pendant longtemps que la tierce-opposition était peu conciliable avec la simplicité et la rapidité qui sont nécessaires à la procédure du référé et à son caractère d'urgence (Voyez Paris 9 juillet 1891 et 7 juillet 1894 et la note de M. Tissier S. 1895-2-305. Paris 21 avril 1921, S. 1922-2-78).

On prétendait que la tierce-opposition paraissait bien inutile, car le tiers lésé par une ordonnance de référé peut agir, pour sauvegarder ses droits, sans qu'on puisse lui opposer l'ordonnance rendue en dehors de lui.

Il peut, non seulement, disait-on, agir au principal pour faire valoir son droit, mais agir directement en référé ; l'ordonnance déjà rendue ne lui étant pas opposable, rien n'empêche qu'il obtienne une décision différée ou même contraire.

On ne voit donc pas l'intérêt qu'il pourrait avoir, à former tierce-opposition.

Assurément, dit-on, s'il y a appel d'une ordonnance, la tierce-opposition contre l'arrêt dispense de subir deux degrés de juridiction, mais les décisions à la cour qui

subissent le rôle, sont longues à obtenir, alors que le juge des référés statue immédiatement et rend une ordonnance exécutoire par provision, nonobstant l'appel, il statue plus vite et à moins de frais.

Cette opinion, qui perd aujourd'hui de sa force, tant en doctrine qu'en jurisprudence nous paraît devoir donner lieu à critique, car rien ne dit que le tiers qui se prétend lésé par la première ordonnance recevra satisfaction au moyen de la seconde rendue par la même juridiction, même si celle-ci juge différemment.

Ces deux ordonnances peuvent être en opposition très nette l'une vis-à-vis de l'autre et on peut se heurter dans de pareilles hypothèses, à des difficultés sérieuses.

N'est-ce pas, dit-on encore, un principe consacré par toutes les législations, et dont, chez nous, l'intervention et la tierce-opposition ne sont qu'un exemple, que dans l'intérêt d'une bonne justice il importe d'apprécier en même temps toutes les questions connexes dont l'ensemble ne doit faire l'objet que d'une décision unique, susceptible de s'imposer à tous les intéressés.

On répond à ceux qui veulent assimiler la tierce-opposition à l'opposition au point de vue du recours dirigé contre l'ordonnance de référé, qu'il n'y a aucune analogie entre elles ; l'interdiction de l'opposition est basée uniquement sur le caractère d'urgence du référé et la nécessité d'obtenir une solution rapide du litige, mais il n'en est pas de même, pour la tierce-opposition et la sollicitude qu'on doit apporter aux légitimes intérêts des tiers doit primer le caractère d'urgence du référé.

Il semble difficile, en outre, de priver les tiers du seul moyen par lequel ils peuvent faire respecter leurs

droits, atteints dans une instance où ils n'ont pas été parties.

D'ailleurs, comme l'a fait justement remarquer un auteur dans son article sur la protection des tiers devant le juge des référés (Costes, de la Protection des Droits des tiers, spécialement devant le juge des référés, revue trimestrielle 1924, page 273) on ne peut pas dire que les tiers qui emploient la tierce-opposition, usent à proprement parler d'une voie de recours extraordinaire.

Ceux-ci ne sont pas dans la même situation que la partie qui, en formant appel, demande au juge du second degré un nouvel examen du procès.

Les tiers font valoir leurs droits et protestent, mais ils n'ont jamais été entendus ; ils ne demandent pas un deuxième examen de leurs prétentions, mais exposent pour la première fois leurs droits, et demandent à prouver que ceux-ci sont atteints indirectement par l'ordonnance de référé et que si le juge des référés avait pu les connaître, ils auraient été de nature à modifier la décision par lui rendue.

Or, contre toute décision judiciaire les parties peuvent exercer des voies de recours autorisées par la loi. Quant aux tiers, ils doivent avoir des garanties normales au nombre desquelles figurent l'intervention et la tierce-opposition.

Après avoir examiné la question au point de vue théorique, voyons maintenant quelle est la position prise par la jurisprudence.

La cour de Paris et la cour de cassation paraissent admettre la recevabilité de la tierce-opposition en se basant sur ce motif que, du moment que les ordonnances

sur requête peuvent être attaquées par cette voie il n'en peut être autrement des ordonnances de référé, qui, elles aussi, peuvent porter préjudice aux tiers (Cour de Toulouse, 12 février 1893, S. 93-2-73, D. P. 96-1-5. Cass. ch. civ. du 3 avril 1895).

Nous aurons à examiner dans notre deuxième chapitre, si cette voie de recours est possible contre les ordonnances sur requête.

La cour de cassation a eu l'occasion de consacrer, de façon très nette, le droit, pour les tiers d'intervenir dans l'instance engagée à la suite de l'appel formé contre les ordonnances de référé.

Dans un arrêt rendu le 5 janvier 1926, par la Chambre des requêtes (Banque Russe, du Commerce et de l'Industrie contre l'Etat Français et autres. S. 1926-1-313) sans soumettre la question à la Chambre civile et en confirmant un arrêt de la cour de Paris, la cour de cassation a jugé que l'intervention formée par le Gouvernement Français dans une instance d'appel et conformément à l'art. 466 du C. P. C. était justifiée, parce que celui-ci n'avait été ni partie ni représenté en première instance et que la décision à rendre était de nature à préjudicier à ses droits.

La note rédigée sous l'arrêt, considère que cette décision est de la plus haute importance et qu'elle consacre un principe de droit basé sur l'art. 466, qu'il y a intérêt à généraliser. Le rédacteur de la note dit en effet que les raisons que l'on met en avant dans l'hypothèse prévue par l'art. 466 du C. P. C. ne sont pas de nature à faire écarter l'intervention, soit devant le juge des référés, soit la

tierce-opposition, contre l'ordonnance ou contre l'arrêt statuant sur un appel de cette ordonnance.

On fait remarquer que cette tendance à généraliser le droit des tiers alors que l'ordonnance de référé leur préjudicie, s'explique par les conséquences graves que cette décision peut leur causer.

Aussi dit-on, il n'est pas possible de s'en tenir à des mesures fragmentaires et de limiter les voies de recours réservées aux tiers.

Si on donne à ceux-ci un droit de protection, il y a lieu de leur donner la possibilité de faire tierce-opposition et de mettre cette voie de recours en œuvre, aussi bien que l'intervention.

L'auteur de la note, considère que l'arrêt de la cour de cassation ci-dessus est de telle importance, qu'il contient en germe toute une théorie nouvelle de la protection des droits des tiers, laquelle doit s'appliquer à toutes les voies de recours sans distinction, c'est-à-dire tant à la tierce-opposition elle-même, qu'à l'intervention, tant devant le juge des référés qu'en appel.

Le rédacteur de la note termine celle-ci par une formule d'espérance que nous reproduisons et à laquelle, nous ne pouvons que nous associer.

« Enregistrons, dit-il, l'arrêt d'aujourd'hui, comme une première conquête : il a une portée intrinsèque considérable et ouvre la voie aux autres qui suivront fatalement. Sans avoir la prétention de croire que ce courant ne butera pas à des écueils, ne subira pas les hésitations de flux et de reflux inévitables, nous le croyons de taille à se frayer finalement un passage et à assurer aux idées qu'il entraîne la place intégrale et nécessaire que commandent les nécessités et qu'approuve l'équité ».

Chapitre Deuxième

Deuxième catégorie d'ordonnances : Les ordonnances sur requête. Leur nature. Ordonnances les plus usuelles. Voies de recours contre ces ordonnances.

On sait que l'une des fonctions les plus importantes du Président du Tribunal civil, est celle qui consiste à rendre des ordonnances à la requête d'une seule partie sur les questions les plus diverses ; les requêtes qui sont présentées à cet effet, tendent, notamment, à autoriser une saisie-gagerie ou une saisie-revendication, à demander la vente d'objets mobiliers dans des conditions déterminées (vente de meubles sans attribution de qualités, ou à la suite de l'ouverture d'une succession, quand il y a des créanciers opposants ou absents), celles à fin d'envoi en possession ou de saisie-arrêt, ou de saisie-contrefaçon pour ne citer que les cas les plus fréquents dans la pratique.

Or, ce qui fait la difficulté de l'étude de cette question, c'est la rareté des textes relatifs aux ordonnances sur requête dans le Code civil et les lois postérieures et aussi dans le Code de Procédure civile. Nous trouvons bien, sans doute, des articles disséminés dans le Code civil, le Code de commerce, et des lois spéciales qui indiquent les cas dans lesquels cette juridiction peut s'exercer.

Mais notre législation ne contient pas de dispositions générales et d'ensemble applicables à la matière et il nous faut remonter pour avoir un texte formel à l'article 54 du décret du 30 mars 1808, contenant règlement pour la police et la discipline, des cours et des tribunaux, lequel dispose « Toutes requêtes à fin de saisie-arrêt ou de revendication de meubles ou de marchandises **ou autres mesures d'urgence**, celles pour mise en liberté ou pour obtenir permission d'assigner sur cession de biens ou sur homologation de concordat et délibération de créanciers, et celle pour assigner à bref délai en quelque matière que ce soit, seront présentées au Président du Tribunal qui les répondra par son ordonnance après la communication s'il y a lieu, au Ministère Public ». Or, les auteurs admettent que cette disposition a pour effet d'attribuer au Président, le pouvoir de statuer sur requête, dans tous les cas d'urgence, et de conférer à toutes les décisions rendues par ce magistrat dans cette forme, un droit analogue à celui qui résulte de l'article 806 du Code de Procédure civile, en matière de référé.

Mais, il ne faudrait pas en tirer la conséquence que la juridiction qui statue sur les ordonnances sur requête, fait double emploi avec celle des référés ; le rôle du Président est, en effet, fort différent dans l'un et l'autre cas.

Lorsqu'il juge en référé, il juge contradictoirement ; les deux parties sont présentes ou représentées. En tout cas, le défendeur est toujours appelé ; lorsqu'il juge à la requête d'une seule partie, il juge en dehors de tout débat.

La loi a énuméré un certain nombre de cas dans les-

quels le Président du Tribunal, est autorisé à intervenir par voie d'ordonnance, à la requête d'une partie ; mais cette énumération n'est pas limitative et il est admis qu'on a le droit de s'adresser, par requête au Président, toutes les fois qu'une décision immédiate est nécessaire et que cette décision, pour être efficace, doit être prise à l'insu de celui par lequel elle est sollicitée.

On a beaucoup discuté et on discute encore sur la nature juridique des ordonnances sur requête.

Aussi, nous paraît-il indispensable d'examiner tout d'abord, cette question.

SECTION I

Nature juridique de l'ordonnance sur requête.

Sur ce point, la doctrine admet le plus généralement trois systèmes principaux : le premier considère que ces ordonnances constituent des actes de pure administration rentrant dans les fonctions du magistrat ayant l'administration intérieure du Tribunal ;

Le second, que ce sont des actes purement gracieux et discrétionnaires ; le troisième, que les ordonnances rendues de cette manière relèvent du domaine de la juridiction contentieuse, lorsqu'il y a un intérêt lésé.

1^{re} THÉORIE. — Cette théorie voit, dans les ordonnances sur requête de simples actes d'administration et de tutelle judiciaire.

Le Président ne juge pas ; il fait un acte de sa fonction rentrant dans ses pouvoirs de surveillance et de police.

Ainsi le Président est chargé de distribuer les causes inscrites au rôle, de désigner les juges-commissaires, dans les cas prescrits par la loi, de commettre les huissiers dans les notifications qui doivent avoir lieu, par huissier-commis, de régler les qualités pour l'expédition des jugements ; d'autoriser une partie à réassigner au début de l'instance un défendeur défaillant, lorsqu'il en existe deux ou plusieurs appelés dans le litige et que l'un d'eux ne comparaît pas alors que les autres ont constitué avoué.

Dans toutes ces hypothèses et autres semblables, le Président accomplit un acte d'administration et il paraît difficile d'envisager un cas où il refuserait de répondre aux demandes qui lui sont adressées.

Cette opinion a été développée par quelques auteurs et résulte aussi de certaines décisions de jurisprudence ; nous citerons notamment, un arrêt de la cour de cassation du 26 novembre 1867 (S. 1868-1-73), rendu à la suite du rapport du conseiller de Peyramont. Ce dernier dit que l'ordonnance sur requête est, en réalité, un acte de réglementation procédant du pouvoir de protection, d'administration et de police dont la loi investit le Président du tribunal en cas d'urgence.

2^e THÉORIE. — L'ordonnance sur requête serait un acte purement gracieux et discrétionnaire.

Ce système est historiquement le premier en date.

Dès la promulgation du décret réglementant les ordonnances sur requête, on a pensé que les pouvoirs du Président, lorsqu'il répondait à une ordonnance de cette nature, étaient souverains, qu'il était seul juge de la question de savoir s'il devait accorder ou refuser la mesure qui lui était demandée ; les auteurs qui ont les premiers étudié la question n'ont pas mis en doute que le président statuant par voie d'ordonnance sur requête faisait un acte de la juridiction gracieuse. Chauveau sur Carré dans ses lois de la procédure (Chauveau sur Carré : lois de la Procédure, t. 1^{er}, quest. 378) dit que le juge qui rend sa décision sans contradicteur statue seul en pleine connaissance de cause.

Demolombe dans son traité des Donations et des Testaments et Glasson dans une note au Dalloz sous un arrêt de cassation du 5 avril 1895 (D. P. 96-1-5) sont également de cet avis.

Ce dernier estime que la plupart des ordonnances sur requête : ordonnances permettant d'assigner à bref délai et sans préliminaire de conciliation, ordonnances d'envoi en possession, ordonnances autorisant une saisie-arrêt, une saisie gagerie, une saisie foraine, une saisie revendication, la saisie conservatoire de l'article 417 C. P. C. sont du domaine de la juridiction gracieuse.

3^e THÉORIE. — La troisième théorie voit dans les ordonnances sur requête, des actes de juridiction contentieuse. Sans doute objecterait-on, qu'ici il n'y a pas débat, que le Président ne juge pas deux prétentions opposées puisqu'il ne statue qu'à la demande d'une seule partie.

Cette objection ne nous paraît pas décisive ; sans doute, le débat n'est pas contradictoire, mais il peut le devenir. D'Argentré disait déjà : « *Voluntaria jurisdictio transit in contentiosam intervenu justı adversari* » (Coutume de Bretagne, art. 1^{er}).

Ce n'est pas le fait qu'il n'y a pas de contradicteur apparent et actuel qui exclut le caractère contentieux de la mesure intervenue ; il suffit qu'il existe un droit opposable à celui du demandeur.

Par exemple, un créancier demande l'autorisation de pratiquer une saisie-arrêt contre son débiteur ; ou bien, un légataire universel veut se faire envoyer en possession des biens de la succession, conformément aux prescriptions de l'article 1008 du Code civil.

Dans tous ces cas et autres analogues, le Président n'est pas tenu de répondre aux requêtes qui lui sont présentées par des ordonnances conformes ; il est libre d'accorder ou de refuser ce qui lui est demandé ; il agit, non plus comme administrateur, mais comme juge. Sa décision n'appartient pas à la juridiction gracieuse, mais à la juridiction contentieuse et cette décision, comme toute décision judiciaire, doit pouvoir être l'objet d'un recours.

Nous allons examiner dans une section spéciale, ces trois théories en elles-mêmes au point de vue de leur mise en œuvre par la jurisprudence et en prenant pour exemple, les ordonnances les plus usuelles, celles qui sont fréquentes dans la pratique et qui ont donné lieu à des controverses intéressantes.

SECTION II

Ordonnances les plus usuelles soumises à la juridiction gracieuse du Président.

Nous étudierons, dans autant de paragraphes, spécialement les ordonnances d'envoi en possession d'un légataire universel, lorsqu'il n'existe pas d'héritiers à réserve, celles permettant de saisir arrêter, sans titre après autorisation du Président ; celles autorisant à pratiquer des saisies conservatoires ; celle autorisant la saisie contrefaçon, et enfin, celle rendue dans la procédure de divorce ou de séparation de corps.

§ 1. — Ordonnance d'envoi en possession d'un légataire universel.

On sait que l'art. 1003 du Code civil, définit le legs universel « La disposition testamentaire par laquelle le testateur donne à une ou plusieurs personnes, l'universalité des biens qu'il laissera à son décès ».

Or, en vertu du principe de la saisine héréditaire, lorsqu'au décès du testateur, il existe des héritiers auxquels une quotité de la succession est réservée par la loi, ceux-ci sont saisis de plein droit, par la mort de leur auteur de toute l'hérédité et le légataire est tenu de leur demander la délivrance des biens compris dans le testament.

Mais, lorsqu'au décès du testateur, il n'y a pas d'héritiers réservataires, le légataire universel est saisi de plein

droit de la succession du « de cujus » sans être tenu de demander la délivrance.

Cependant, dans le cas de l'article 1006 si le testament est olographe ou mystique, le légataire universel est tenu de se faire envoyer en possession, par une ordonnance du Président mise au bas d'une requête.

Cette ordonnance, on le conçoit aisément, peut nuire gravement à l'héritier légitime si le légataire universel n'a pas fait connaître à celui-ci sa qualité et ses droits avant ou au moment où elle était sollicitée par lui, du Président.

C'est la raison pour laquelle la question du recours de l'héritier contre les ordonnances d'envoi en possession d'un légataire universel donne lieu à un très grand nombre de décisions jurisprudentielles.

Nous examinerons, en premier lieu, quelle est sur cette question, l'opinion de la doctrine.

Toullier s'exprimait déjà ainsi : « Cet envoi en possession n'est pas un jugement de délivrance. Les parents qui succèdent, à défaut de testament n'y sont pas appelés. C'est une simple ordonnance de forme, non pas du tribunal mais du Président, chargé par la loi d'imprimer au testament le caractère de publicité qui lui manquait, l'exécution parée qu'il n'avait pas » (Toullier. D. Civ. Français, t. 5, n° 497).

Un certain nombre d'auteurs voient, dans cette ordonnance, un acte de juridiction gracieuse qui ne peut être l'objet d'aucun recours. Demolombe dit « que cette ordonnance ne constitue qu'une sorte de visa ou de *pareatis*, rendue *ex legitima cognitione* » puisqu'elle est

faite sans contradicteur. (Demolombe, Cours de droit civil, t. 21, n^{os} 504 et 510).

Enfin, Glasson, dans deux notes au Dalloz (Dijon, 14 novembre 1890, D. P. 92-2-49. Cass. 3 av. 1895, D. 96-1-5) a soutenu la même opinion à la fin du siècle dernier, à savoir que l'ordonnance d'envoi en possession est de nature essentiellement gracieuse, que le Président ne juge rien ; qu'une seule partie se présente devant lui et que l'héritier ne peut pas faire valoir ses droits au moyen d'une opposition.

Ces différents auteurs reconnaissent à cette ordonnance un caractère souverain et rejettent toute voie de recours contre elle.

Cependant, l'opinion adverse est soutenue par d'autres auteurs, même par ceux qui voient dans l'ordonnance sur requête, un acte d'administration judiciaire. C'est ainsi que le conseiller de Peyramont au rapport duquel nous avons déjà fait allusion à propos de l'arrêt de la Cour de Cassation du 26 novembre 1867 (Sirey, 68-1-73) dit au sujet de l'ordonnance de l'envoi en possession : « Ces mesures protectrices pour celui qui les requiert, peuvent et doivent être le plus souvent, gravement préjudiciables pour celui qui les subit, sans avoir pu s'en défendre. Elles viennent l'atteindre et le surprendre, sans qu'il ait été averti, sans qu'il ait pu présenter au magistrat qui les autorise, les raisons de fait et de droit par lesquelles il aurait pu chercher à s'en défendre. La religion du magistrat peut être surprise, malgré sa vigilance fortement éveillée par le sentiment de responsabilité qui en cette matière plus qu'en aucune autre, lui incombe.

« Il faut donc que celui qui est ainsi brusquement et par surprise atteint dans ses intérêts, dans son crédit, souvent même dans ses plus vifs sentiments domestiques, puisse **au moment même** trouver un recours dans la justice contre l'erreur dont il peut être victime, et dans tous les cas, présenter au juge, après l'émission de son ordonnance, la défense qu'il n'a pas pu produire avant qu'elle fût rendue. Par cela, même que la loi autorise dans cette forme plus que sommaire des mesures d'un caractère aussi acerbe et susceptible de causer un si grave préjudice, il faut tenir pour certain qu'elle ouvre à la partie dont elle a voulu rendre impossible la défense préalable, un recours aussi prompt qu'efficace ».

Dans cette citation, ce sont les mots « au moment même » qu'il convient de mettre en évidence ; l'ordonnance sur requête, en effet, statue seulement d'une manière provisoire et un débat peut toujours être soulevé au principal par la partie contre qui la mesure a été sollicitée. La décision, au principal, confirmera ou anéantira la décision au provisoire. Mais, c'est précisément pendant le délai qui s'écoule entre l'ordonnance rendue et le jugement au fond, que la partie réclamante, risque de voir ses droits compromis, si aucune mesure de protection et de sauvegarde ne peut auparavant intervenir, pour suspendre ou atténuer les effets de l'ordonnance d'envoi en possession.

Or, ce délai peut être fort long, le plaideur verra ses droits rester en suspens pendant ce temps et il risque en fin de compte de les voir méconnus alors qu'il sera trop tard en fait. C'est pourquoi nous pensons qu'il est nécessaire que l'adversaire actuel ou éventuel du requérant,

soit à même de trouver sur le moment, la voie de recours nécessaire à la sauvegarde de ses intérêts. Le moyen qui était proposé par le conseiller de Peyramont était le recours par voie d'opposition devant le Tribunal de la partie qui se prétend lésée. (Bordeaux, 29 novembre 1834, S. 35-2-385. Nîmes, 3 juin 1844, S. 45-2-66. Besançon, 26 février 1868, S. 68-2-252).

Mais, d'autres moyens ont été également proposés que nous allons passer rapidement en revue.

La cour de Nancy, dans un arrêt souvent cité du 20 décembre 1892 (D. 94-2-9) a jugé que la décision du Président statuant sur requête et sans contradicteur peut et doit être attaquée par la voie de l'appel. Le juge exercerait un pouvoir de juridiction contentieuse qui lui serait conféré par la loi et l'héritier devrait user de la voie de recours du droit commun, c'est-à-dire de l'appel.

Cet arrêt admet, sans aucune discussion, la voie de l'appel et rejette l'opposition tout en reconnaissant que, si celle-ci était recevable, elle devrait être soumise à nouveau à l'intervention du Président lui-même siégeant en la même qualité et non comme juge des référés.

Cet arrêt ne constitue pas une décision d'espèce car nous trouvons dans le même sens, une nombreuse jurisprudence antérieure et postérieure (Poitiers, 17 mars 1880, S. 82-2-186. Limoges, 3 janvier 1881, S. 81-2-104. Dijon, 11 janvier 1883, S. 83-2-70. Dijon, 10-12-1900, D. 1901-2-112).

Une autre opinion établit une distinction sur la voie de recours dont serait susceptible l'ordonnance du Président. Les uns envisagent l'opposition et les autres l'appel.

L'appel est préconisé par le conseiller Crépon, dans son rapport préalable à un arrêt rendu par la cour de Montpellier, le 3 décembre 1870 (D. 70-2-306). « L'appel nous paraît devoir être accordé au cas où l'ordonnance refuse l'envoi en possession. On ne comprendrait pas que le juge de première instance put sans recours possible au juge supérieur, paralyser l'effet des dispositions auxquelles dans son respect pour la dernière volonté de l'homme, le législateur attribue l'autorité de la loi. Quant à l'opposition, on décide avec raison qu'elle doit s'appliquer à l'hypothèse où la requête du légataire étant favorablement répondue par l'ordonnance, c'est l'héritier non entendu qui attaque l'ordonnance ».

De nombreux arrêts sont favorables à cette théorie et admettent l'appel, en cas de refus de l'ordonnance : Caen, 7 mars 1873, D. 73-2-137. Poitiers, 17 mars 1880, S. 82-2-186. Dijon, 11 janvier 1883, S. 83-2-70. Nancy, 19 mai 1883, S. 84-2-124. Enfin, un arrêt récent rendu par la 1^{re} chambre de la Cour d'Appel de Paris le 21 juillet 1930 (Arrêt succession Corbu) confirme cette jurisprudence.

Une autre opinion qui a été soutenue par M. Bonjean propose qu'au cas d'envoi en possession accordé, on ait recours à l'opposition devant le Président en référé, mais en cas de refus, l'appel serait irrecevable et il n'y aurait d'autre ressource que le pourvoi en cassation car il s'agit d'après lui, d'une décision d'un caractère spécial nécessaire et urgent, laquelle ne peut subir la lenteur du double degré de juridiction pour ne pas laisser l'hérédité en suspens et pour laquelle il ne peut y avoir de recours que pour excès de pouvoir.

D'ailleurs, ajoute M. Bonjean, au point de vue de la forme, il paraît difficile d'envisager un appel qui serait contraire aux termes si précis de l'article 456 du Code de Procédure civile.

(Voyez Bonjean, Ordonnances sur requête et sur référé, numéros 164-190 et 952).

Enfin, une dernière opinion décide qu'au cas de refus de l'envoi en possession, le réquérant doit recourir à l'appel. Au cas d'envoi autorisé, l'héritier doit se pourvoir par tierce-opposition, ce dernier n'ayant pas été appelé à l'ordonnance qui a été rendue en dehors de lui sans débats. Il n'a pas été partie ni appelé à la décision dont il ne peut faire appel. Il n'est pas défaillant n'ayant pas été cité. Il est un tiers, c'est-à-dire une personne étrangère à la décision rendue vis-à-vis de celle-ci, il doit donc avoir recours à la voie extraordinaire de la tierce-opposition.

§ 2. — Ordonnance permettant de pratiquer une saisie-arrêt sans titre.

Avec ce second exemple d'ordonnance sur requête, nous retrouvons la même divergence fondamentale qui donne lieu à deux systèmes principaux :

D'après la première opinion, l'ordonnance qui permet de saisir arrêter, donnée simplement, ou avec réserve d'en référer au cas de difficultés, est un acte de la juridiction gracieuse non susceptible d'opposition ni d'appel.

La règle du recours exercé par voie d'opposition contre les ordonnances sur requête a-t-on dit, ne peut être applicable qu'autant que la loi n'a pas elle-même organisé un mode spécial de recours.

Or, en matière de saisie-arrêt, le recours n'est pas

l'opposition parce que la loi en a indiqué un autre. Toute saisie-arrêt en effet comporte nécessairement une demande en validité portée dans la huitaine à peine de nullité devant le tribunal du domicile du saisi (art. 563 et 567 C. P. C.) C'est l'indication du recours nécessaire au juge en même temps que l'indication du juge auquel on doit recourir. Le juge c'est non seulement le magistrat qui a permis de saisir-arrêter mais le tribunal du domicile du saisi ; à ce tribunal est spécialement donné attribution pour statuer sur le point de savoir si la saisie-arrêt sera ou non maintenue (Cass. Civ. 10 nov. 1885, S. 86-1-9 et la note).

Au contraire, d'après une seconde opinion, le Président peut rétracter ou modifier sa première ordonnance laquelle n'est nullement souveraine.

Mais, ce principe donne naissance à des divergences nombreuses et les partisans de cette opinion établissent plusieurs sous-distinctions.

Les uns exigent que le Président insère dans son ordonnance la réserve d'en référer. Cette réserve imaginée par le Président de Belleyne est très usitée dans la pratique ; elle a été contestée il est vrai par certains auteurs qui voient dans cette condition imposée au saisissant, un excès de pouvoir de la part du Président et comme l'exercice d'une attribution de juridiction arbitraire ; l'ordonnance serait irréfragable parce que la loi est muette à cet égard ; le Président serait dessaisi comme ayant, effectivement, statué ; il ne peut appartenir au Président de créer une voie de recours que la loi n'autorise pas.

A notre avis, il faut admettre dans ce cas particulier, la possibilité d'un recours porté devant le Président par

la partie saisie, qui est lésée et nous pensons que ce magistrat n'excède pas ses pouvoirs en insérant dans son ordonnance la réserve d'en référer.

Mais l'inconvénient de cette clause est qu'elle suscite de nombreuses controverses sur la nature de la seconde ordonnance modifiant ou rétractant la première.

D'après les uns, l'ordonnance rendue sous la réserve d'en référer, serait susceptible d'appel.

D'après les autres, cette ordonnance serait souveraine.

Mais si l'on admet qu'un recours devant le Président soit possible, soit sur opposition contre la première, soit par appel contre la seconde, jusqu'à quel moment ce recours peut-il s'exercer ?

Certains auteurs ont soutenu que l'exercice d'un recours devant le Président qui a rendu l'ordonnance ne peut être admis que jusqu'au jour où le tribunal est saisi par une demande en validité. A partir de ce moment le Président ne peut plus, en modifiant ou en rétractant son ordonnance dessaisir le tribunal, auquel il appartient seul désormais, de se prononcer sur la validité de la saisie-arrêt. C'est en ce sens que la jurisprudence de la Cour de Cassation a statué par un arrêt de principe précité du 10 novembre 1885 dont la doctrine a été maintenue par des décisions répétées.

Mais, en admettant que le tribunal soit saisi, on verra facilement combien il est fâcheux en pratique, de priver le saisi de toute voie de recours ; il peut s'écouler un long délai entre la mise au rôle de l'affaire et le jour où elle sera jugée. Pendant ce temps, le saisi ne pourra disposer des fonds saisis-arrêtés ; s'il est commerçant, il pourra être acculé à la faillite, celle-ci étant provoquée par la

cessation des paiements, faute de sommes disponibles, et le mal deviendra irréparable en raison du temps mis par le tribunal à statuer.

Cependant les décisions des tribunaux paraissent être nettement en faveur de ce système (Paris, 14 mai 1890, D. P. 92-2-9. Paris, 17 février 1892, D. P. 92-2-540. Paris, 14 décembre 1892, D. P. 93-2-252).

Quant aux auteurs, leurs opinions divergent sur ce point ; Bertin écrit que la demande en validité ne prive nullement le saisi de l'exercice de son droit de recours et que le Président peut rétablir ou modifier son ordonnance sur ce recours tant qu'une décision du tribunal n'est pas intervenue. Cet auteur, conformément aux principes généraux, n'admet aucune voie de recours contre l'ordonnance elle-même, mais il autorise le recours en référé devant le Président contre la mesure même ordonnée et ce, jusqu'à l'intervention d'une décision du tribunal.

Telles sont les principales opinions qui ont été admises. La question qui se pose, en présence de cet état de choses est la suivante : le fait que le tribunal est saisi suffit-il à empêcher l'exercice du droit de recours ? Ou faut-il, de la part du saisi un acte qui implique la volonté de renoncer à la voie de recours, tel que le fait d'accepter le débat devant le tribunal immédiatement en constituant avoué ? Pour certains auteurs, le seul fait de saisir le tribunal au fond et au principal, ne suffit pas à empêcher l'exercice des voies de recours dirigées contre l'ordonnance. La question se pose d'ailleurs dans tous les cas où une instance au principal doit suivre l'ordonnance sur requête ; si le requérant, bénéficiaire de l'ordonnance,

a introduit une instance pour faire confirmer définitivement la mesure autorisée, l'exercice du recours normal est-il interdit à l'autre partie dès que l'ajournement saisit le tribunal ? Entraver l'exercice des voies de recours, ce serait dit-on laisser l'intéressé sans défense pendant tout le délai peut-être fort long qui s'écoulera entre l'ajournement et la décision du tribunal, et susceptible de se prolonger encore très longtemps s'il y a appel. C'est pourquoi on peut penser que, à moins que la partie ait implicitement renoncé à son recours contre l'ordonnance en constituant avoué ou en prenant des conclusions au fond sur l'instance principale, celui-ci peut être exercé.

Il faut d'ailleurs ajouter que cette controverse a perdu beaucoup de son intérêt depuis la loi du 17 juillet 1907 sur le cantonnement de la saisie-arrêt qui a modifié l'art. 567 du Code de Procédure civile en permettant de s'adresser au juge en **tout état de cause** et quel que soit l'état de l'affaire : cette formule signifie que ce magistrat peut ordonner la mainlevée de la saisie-arrêt, même quand le tribunal est saisi au fond par l'assignation en validité, à la condition d'arbitrer la somme à verser par le saisi, soit à la Caisse des dépôts et consignations, soit entre les mains d'un tiers, avec affectation aux éventualités de la créance du saisissant, s'il y a litige, soit sur le principe, soit sur l'étendue de la créance, entre le saisissant et la partie saisie.

La jurisprudence toutefois, admet presque unanimement que le Président ne peut prescrire que cette dernière mesure et ne peut plus rétracter ou modifier son ordonnance, malgré la généralité de la réserve qui y est insérée (V. Cass. Civ., 9 nov. 1908, S. 1909-1-436). Cependant,

si la saisie-arrêt a été pratiquée en dehors des formes légales, c'est-à-dire sans autorisation du juge, ou sans titre régulier, par un créancier sans droit, le juge des référés peut ordonner la mainlevée, même après que la demande en validité a été introduite (V. Paris, 5 décembre 1894, D. 95-2-523. Montpellier, 25 mars 1929. Douai, 2 mai 1929, Gaz. Pal. 1929-2-172).

Il est à remarquer, que certains Présidents, notamment celui du tribunal de la Seine, prennent la précaution d'insérer dans leur ordonnance, la mention suivante : « Disons que notre ordonnance sera signifiée à la partie saisie, cinq jours au moins avant la dénonciation de l'opposition à cette partie, laquelle aura le droit de se pourvoir en référé devant nous, contre la présente ordonnance que nous nous réservons expressément de rapporter au cas où la créance alléguée ne serait pas suffisamment établie ».

§ 3. — Ordonnances permettant de pratiquer des saisies conservatoires.

Nous grouperons dans ce troisième paragraphe, un certain nombre d'ordonnances sur requête, qui sont assez fréquemment sollicitées du Président du Tribunal civil : ce sont celles qui permettent à un créancier n'ayant pas de titre exécutoire, de pratiquer une saisie conservatoire sur les meubles et objets mobiliers de son débiteur, c'est-à-dire d'avoir recours à une mesure qui aura pour effet de mettre ceux-ci, sous main de justice et d'empêcher le débiteur ou le possesseur de les faire disparaître. Ce sont, notamment : la saisie-gagerie, la saisie-revendication, la saisie-foraine toutes trois empruntées à notre ancien droit

et notamment, au titre VIII de la Coutume de Paris.

Reprenons, afin de la compléter par quelques explications, cette énumération :

1°) **La saisie-gagerie.** — Cette saisie est pratiquée par le bailleur d'un immeuble sur les meubles garnissant la maison ou la ferme pour se faire payer de ce qui lui est dû à raison du bail. Le bailleur pourrait procéder à la saisie-exécution, en vertu de son titre exécutoire, s'il avait un bail authentique, mais ce procédé a l'inconvénient d'avertir le débiteur, au moyen d'un commandement préalable et le bailleur peut craindre que ce dernier ne déménage furtivement ; la saisie-gagerie lui permet, au contraire, au moyen de l'ordonnance du Président du Tribunal ou du Juge de Paix rendue sur requête, de saisir immédiatement à l'insu du débiteur.

Cette ordonnance qui peut porter préjudice au preneur, au cas où la demande du bailleur ne serait pas fondée, est de nature contentieuse : elle peut être attaquée par le preneur, au moyen de l'opposition portée devant le Président lui-même, qui peut maintenir son ordonnance ou en prononcer mainlevée, et aussi ultérieurement par la voie de l'appel.

2°) **La saisie-foraine.** — Cette saisie permet à un créancier qui a son domicile dans une commune déterminée, de saisir les objets appartenant à son débiteur forain, c'est-à-dire à celui qui n'est ni domicilié, ni résidant dans la commune où se trouvent les meubles de ce débiteur.

Cette saisie qui est nécessairement faite sur requête présentée au Président du Tribunal civil ou au Juge de

Paix dont l'ordonnance vaudra pour le saisissant titre exécutoire, est comme les précédentes une ordonnance de nature contentieuse ; elle peut être attaquée par la partie saisie, en l'espèce le débiteur forain, par la voie de l'opposition, d'abord et de l'appel, ensuite.

3°) **La saisie-revendication.** — Cette saisie dont il est question dans les articles 826 C. P. C. est un acte conservatoire qui consiste à mettre sous la main de justice une chose mobilière détenue par un tiers et sur laquelle une personne prétend avoir un droit de propriété ou de gage.

Cette mesure peut être employée non seulement, par le propriétaire de la chose, mais encore par l'usufruitier, le créancier gagiste, le vendeur d'effets mobiliers, non payés, dans le cas de l'art. 2102 C. C. c'est-à-dire par toute personne qui a intérêt à empêcher le déplacement d'une chose sur laquelle elle a des droits.

L'article 829 C. P. C. suppose que le tiers contre lequel on revendique s'oppose à la saisie et que le juge des référés est prié d'intervenir pour statuer sur cette opposition.

L'opposition peut être basée soit sur l'irrégularité de la saisie, soit sur des moyens de nullité tirés du fond du droit ; dans ce dernier cas le tiers peut contester les droits du revendiquant. Il peut par exemple, prétendre avoir acquis la chose de bonne foi et invoquer la maxime : « en fait de meubles possession vaut titre » ; il peut s'il s'agit d'une chose perdue ou volée soutenir l'avoir acquise dans les conditions prévues par l'article 2280 C. C.

Le juge des référés a un pouvoir absolu pour apprécier le mérite de l'exception soulevée par l'opposant.

Si les droits des tiers sont bien établis, le juge des référés rétractera l'ordonnance par laquelle il a autorisé la saisie-revendication et la saisie, si elle a déjà été pratiquée, sera par là même, anéantie.

L'ordonnance rendue peut être frappée d'appel comme toute ordonnance d'un caractère contentieux et même d'un pourvoi en cassation, s'il y a lieu.

S'il y a doute sur les droits de l'opposant, le juge des référés maintiendra la saisie, mais il renverra les parties au principal, pour voir juger la question de propriété.

§ 4. — Ordonnance du Président donnant l'autorisation de procéder à la description d'objets contrefaits avec ou sans saisie.

On entend d'une manière générale, par contrefaçon, toute atteinte portée au droit de reproduction d'une œuvre artistique ou littéraire.

Bien que le titulaire d'un droit de cette nature soit pourvu d'un titre, c'est-à-dire d'un brevet ou d'une marque déposée, néanmoins la loi exige que ce titre soit vérifié par l'autorité judiciaire, avant de procéder à la saisie. L'article 47 de la loi du 6 juillet 1844, dispose « Que les propriétaires de brevets pourront, en vertu d'une ordonnance du Président du Tribunal civil de première instance, faire procéder par tous huissiers, à la désignation et description détaillée, avec ou sans saisie des objets contrefaits. L'ordonnance sera rendue sur simple requête et sur la présentation du brevet ».

Le droit de description et de saisie, implique nécessairement le droit de faire des visites et des perquisitions domiciliaires. Le breveté peut donc être autorisé à re-

chercher les objets prétendus contrefaits, non seulement au domicile du contrefacteur, mais encore à celui des personnes spécialement indiquées, comme pouvant posséder des contrefaçons. Toutefois, il est nécessaire que le Président précise les lieux où les contrefaçons devront être faites.

On en a conclu que le pouvoir du Président à cet égard était entièrement discrétionnaire et qu'une ordonnance de saisie générale était valable.

Quand il s'agit d'une ordonnance sur requête, nous avons vu que le Président est investi d'un pouvoir presque discrétionnaire et qu'il peut à son gré, accorder ou refuser la permission qui lui est demandée ; le même pouvoir lui appartient-il en matière de contrefaçon ? L'autorisation que requiert le breveté de procéder à la description et à la saisie des objets contrefaits pourrait-elle lui être refusée ?

L'ordonnance permettant la saisie-description a été comme toutes les ordonnances sur requête, considérée pendant longtemps comme n'étant susceptible d'aucun recours (Bertin, t. I, n° 550. Pouillet, brevets d'invention, n° 844. Renouard, Tr. des brevets d'invention, n° 226) mais il est généralement admis actuellement qu'elle peut faire l'objet d'un référé devant la juridiction de qui elle émane. La question aujourd'hui ne nous paraît plus faire de doute : nous avons vu plus haut, en effet, en matière de saisie-arrêt qu'aux termes de la jurisprudence consacrée par la cour de cassation dans son arrêt de principe du 10 novembre 1885 (S. 86-1-14), toute ordonnance sur requête qui lèse les intérêts d'un tiers est susceptible d'opposition devant le juge qui l'a rendue.

La cour de cassation, d'ailleurs, avait déjà décidé spécialement en cette matière, que l'ordonnance d'autorisation de saisie des objets prétendus contrefaits, bien qu'émanée du pouvoir discrétionnaire du juge, était susceptible d'abord d'opposition, devant le magistrat de qui elle émane, puis d'appel (Cas. 16 mai 1860, S. 61-1-181, D. 60-1-432).

§ 5. — Ordonnance rendue par le Président du Tribunal civil au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps et autorisant l'un ou l'autre des époux à prendre des mesures conservatoires.

Le Président joue un rôle fort important dans la procédure de divorce ou de séparation de corps. Il est autorisé par la loi, pendant le cours de l'instance à prendre des mesures provisoires, d'abord en ce qui concerne la personne des époux et des enfants : ces mesures sont déterminées par le 2^e paragraphe de l'article 238 C. C. qui lui permet de statuer s'il y a lieu, sur la résidence de la femme, sur la garde provisoire des enfants, sur la remise des effets personnels et sur la demande d'aliments. L'art. 242 du même code l'autorise à prendre des mesures de même nature, pour sauvegarder les intérêts pécuniaires des époux. L'article 242 dispose en effet : « Que l'un ou l'autre des époux peut, dès la première ordonnance, et sur l'autorisation du juge donnée à charge d'en référer, prendre pour la garantie de ses droits, des mesures conservatoires, notamment requérir l'apposition des scellés sur les biens de la communauté ».

Le même droit appartient à la femme, même non

commune, pour la conservation de ceux de ses biens dont le mari a l'administration et la jouissance.

Lorsque l'autorisation du juge est nécessaire, celle-ci n'est donnée « qu'à charge d'en référer en cas de difficultés ».

Si donc, la mesure ordonnée provoque des contestations, le Président du tribunal se saisira à nouveau du litige et après un débat contradictoire, par conséquent en pleine connaissance de cause, il statuera définitivement, en maintenant, modifiant, ou même rapportant son ordonnance.

La loi consacre ainsi la jurisprudence qui permet au juge d'insérer dans l'ordonnance autorisant une saisie-arrêt, la réserve qu'il lui en sera référé en cas de difficultés. Cette ordonnance pourra également être frappée d'appel, s'il y a lieu ou d'un pourvoi en cassation.

SECTION III

Voies de recours contre les ordonnances sur requête

L'exposé ci-dessus nous a permis de passer en revue les ordonnances les plus fréquentes et d'exposer sans prendre parti les différentes théories de la jurisprudence et de la doctrine à cet égard ; nous allons examiner maintenant dans une troisième section quelles sont les voies de recours qui s'appliquent à toutes les ordonnances sur requête, afin d'essayer d'en dégager une théorie générale.

Nous devons maintenant nous demander si les ordonnances sur requête prises dans leur ensemble, sont susceptibles de voies de recours et, dans l'affirmative, quelles sont ces voies de recours.

La réponse à cette question est étroitement liée à celle de la nature des ordonnances sur requête : pour les partisans de la théorie qui voient dans les ordonnances sur requête, des actes de juridiction gracieuse ou d'administration judiciaire, celles-ci ne peuvent être attaquées par aucune voie de recours ; elles sont souveraines. On en donne plusieurs raisons, dont les principales sont les suivantes : on dit d'abord que, dans le cas où le Président statue sur requête, la question qu'il est appelé à trancher est en général très simple et ne touche pas au fond du droit ; il s'agit de mesures conservatoires qui ne peuvent porter aucune atteinte grave aux intérêts en cause, c'est parce qu'il s'agit d'une question d'un intérêt secondaire que l'on a cru devoir laisser au juge le soin de la résoudre sans débat contradictoire.

On ajoute que le recours ne peut pas exister car on ne trouve dans le Code de Procédure aucun moyen de cette nature, et ce silence du code est d'autant plus significatif que l'art. 2, titre 35 de l'ordonnance de 1667 ne permettait pas de se pourvoir, même contre les jugements et arrêts rendus sur requête.

Enfin, certains auteurs, comme Demolombe et Glasson estiment que le recours n'est pas nécessaire, et que les droits des parties sont suffisamment sauvegardés par l'examen de la requête fait par le Président et de la connaissance qu'il en a prise, lorsqu'elle lui a été présentée ou déposée. Le Président apparaît dans ce cas, comme le

contradictoire du demandeur et comme le protecteur de la partie non appelée « Il ne faut pas conclure, dit Demolombe (Donations et Testaments, p. 505) que le Président n'exerce à cet égard qu'un ministère purement passif et qu'il ne doive se livrer à aucun examen. Au contraire, c'est précisément dans l'appréciation qu'il doit faire des principaux éléments de la situation avant de rendre son ordonnance que réside la garantie que la loi a voulu donner aux familles et à la société ».

Pour les partisans de la nature contentieuse de l'ordonnance sur requête, il existe bien un recours contre celle-ci, le recours étant de droit, en matière contentieuse, mais quel est ce recours ? En l'absence de textes, on ne trouve pas moins de trois opinions proposées en doctrine et en jurisprudence.

Un premier point qui ne présente pas de difficultés est celui de savoir quel est le recours ouvert à la personne lésée par l'ordonnance quand sa demande a été rejetée par le Président. Ce recours est, à n'en pas douter, l'appel devant la Cour.

Mais c'est, en ce qui concerne le recours ouvert au tiers qui se prétend lésé par l'ordonnance, qu'on se trouve en présence de sérieuses difficultés.

Une première opinion propose comme voie de recours l'appel porté directement devant la cour ; les partisans de ce système disent que l'appel est de droit commun et qu'aucun texte ne l'interdit, en matière d'ordonnance sur requête.

Ce principe exact, il est vrai, ne saurait à notre avis être appliqué aux ordonnances sur requête. Car on sait que parmi les conditions requises pour interjeter appel

figure la qualité, comme dans toute action à introduire. Or, les tiers non appelés à l'ordonnance rendue sur requête n'ont pas été parties au procès et n'y ont pas été représentés ; aucune personne autre que le requérant n'a été partie à l'ordonnance, par suite aucune personne autre que lui ne saurait invoquer à son profit le droit d'appel.

Un système moins absolu déclare que si l'appel ne peut être le recours de droit commun en toute hypothèse, il y a des cas où il est le seul recours possible, par exemple : a) lorsqu'il y a incompétence ou excès de pouvoir ; b) si le Président refuse de répondre à la requête ; c) quand l'appel contre l'ordonnance intervient à la suite de l'opposition formée devant le Président ; d) contre l'ordonnance rendue en vertu de la « réserve d'en référer » et à la suite de cette ordonnance. La jurisprudence décide que c'est véritablement en référé que le Président statue la seconde fois et que l'appel doit être admis sans difficulté, comme une application pure et simple de l'article 809 du Code de Procédure civile (Paris, Cass. 16 mai 1866, S. 66-1-181. Alger, 19 nov. 1870, S. 72-2-195).

Un second système estime que la voie de recours contre les ordonnances sur requête est l'opposition devant le tribunal qui statue dans ce cas d'une manière définitive, pour réformer ou pour confirmer l'ordonnance. Cette opinion a été admise par un arrêt de la Cour de cassation à la suite d'un rapport souvent cité du conseiller de Peyramont ; ce magistrat se base sur l'art. 1028 du Code de Procédure civile qui dispose que « Dans tous ces cas, les parties se pourvoiront par opposition à l'ordonnance d'exécution devant le tribunal dont le Président aura rendu l'ordonnance et demanderont la nullité de l'acte qualifié jugement arbitral ».

Le rapporteur ajoute : « Nous inclinons fortement à penser, à la vue des monuments de votre jurisprudence, que le recours ouvert contre les ordonnances sur requête est la voie de l'opposition, et que c'est au tribunal d'en connaître et d'y faire droit. Par cela même, la voie de l'appel ne peut pas être ouverte contre ces actes du juge : ces deux voies de recours ne peuvent pas exister concurremment ».

Ce système nous paraît critiquable et nous lui adresserons les objections suivantes : c'est en premier lieu que l'opposition est une voie de recours qui permet à la partie lésée de s'adresser au juge, auteur de la décision dont elle se plaint pour en obtenir la rétractation. La partie revient devant le même juge et s'adresse à nouveau du juge insuffisamment ou mal informé au juge mieux informé auquel elle apporte des éclaircissements ou des explications complémentaires. On ne conçoit pas que l'opposition puisse s'exercer devant un autre juge que le Président lui-même.

Enfin il est bien certain que la loi n'a pas institué le tribunal juge des actes du magistrat placé à sa tête ; sauf dans certains cas tout à fait exceptionnels et spécialement indiqués par la loi, le tribunal ne constitue pas une juridiction supérieure à celle de son Président.

C'est en se basant sur ce dernier motif que la Cour de cassation dans l'arrêt précité a jugé que : « Quelle que soit en principe l'étendue du pouvoir confié par la loi au Président du Tribunal civil à l'égard des mesures urgentes qui lui sont demandées par voie de requête, aucune disposition n'autorise les parties qui pourraient en souffrir à demander directement à ce tribunal l'annu-

lation des ordonnances ainsi rendues, et qu'il serait aussi contraire à la dignité de la justice qu'à l'ordre des juridictions qu'un tribunal put être juge de la légalité des actes du magistrat placé à sa tête ».

Enfin on peut dire, que sur l'opposition, le juge mieux éclairé par un débat contradictoire sera peut-être amené à rétracter sa première décision, tandis que le tribunal saisi de l'opposition contre l'ordonnance et qui y a été complètement étranger ne pourrait rendre un jugement en connaissance de cause.

Une troisième opinion, celle qui nous paraît préférable, considère que la voie de recours normale contre les ordonnances du Président, est l'opposition devant le magistrat lui-même qui a rendu l'ordonnance.

En faveur de ce système, on peut invoquer la mention que les Présidents ont en général la prudence d'ajouter au bas de leurs ordonnances, à savoir : « Disons qu'il nous en sera référé en cas de difficultés ».

Cette formule imaginée ainsi que nous nous en sommes expliqué plus haut, par le Président de Belleyme signifie que l'ordonnance n'est rendue que sous la condition d'en référer et qu'il est toujours possible à un contradicteur de soulever un débat contentieux et de revenir devant le Président, lequel mieux informé peut modifier son ordonnance s'il le juge nécessaire.

Mais, si l'on admet que la voie de recours normale contre les ordonnances sur requête est l'opposition, il faut déterminer de quelle nature est cette opposition et ici encore, on se trouve en face de certaines difficultés. Disons tout de suite qu'il ne nous apparaît pas qu'il puisse être question de l'opposition considérée par la loi

comme une voie de recours contre les jugements par défaut, car cette opposition n'est ouverte que dans la procédure contradictoire contre un défendeur régulièrement appelé qui n'a pas comparu. Or, l'ordonnance sur requête est toujours rendue sans débat et sans que la personne à laquelle la mesure pourrait porter préjudice, ait été appelée.

D'autre part, il paraît difficile d'assimiler cette opposition à la tierce-opposition telle qu'elle est réglementée par l'art. 474 C. P. C. et en admettant que l'on considère la partie lésée comme un tiers pour le motif qu'elle n'a pas été appelée, il faudrait encore admettre contrairement à la loi, que la tierce-opposition serait permise contre une décision qui n'a pas encore acquis l'autorité de la chose jugée.

Cependant la Cour de cassation, dans son arrêt du 3 avril 1895 (D. P. 1896-1-5) a jugé en matière d'envoi en possession que « le recours doit être exercé suivant les règles du droit commun, c'est-à-dire en vertu de l'article 474 du Code de Procédure civile par une opposition portée devant le magistrat qui a rendu l'ordonnance au cas où elle a été rendue en l'absence de l'héritier légitime non cité, ou par appel porté devant la cour quand cette ordonnance a été contradictoire ».

Cette manière de voir ne nous paraît pas exacte au point de vue juridique. On ne peut assimiler d'après nous l'opposition à l'ordonnance sur requête, à la tierce-opposition prévue par la loi. Cette opposition nous paraît être plutôt une voie de recours d'une nature très spéciale.

C'est une opposition qui se rapproche beaucoup de l'opposition à un acte d'exécution émanant du Président,

telle une ordonnance permettant une saisie : en effet l'ordonnance rendue permet à celui qui en est bénéficiaire, de l'exécuter immédiatement et celui-ci ne peut être arrêté dans son exécution que par une opposition émanant de la partie adverse. C'est ainsi qu'en matière d'envoi en possession ou de saisie-arrêt, la partie qui se prétend lésée dans ses droits et qui n'a pas été appelée ni entendue demandera que l'héritier restitue la succession par lui appréhendée ; dans l'hypothèse de la saisie-arrêt, la partie saisie exigera du tiers saisi que ce dernier lui remette la somme saisie-arrêtée après avoir fait, au préalable, rapporter l'ordonnance qui devra être considérée comme non avenue.

Celui qui a bénéficié originairement de cette ordonnance sera dans une situation analogue à celle du porteur d'un jugement de condamnation dont le titre peut être rapporté au cas où la mesure d'exécution est sans objet comme ayant été pratiquée à tort.

C'est ce qui se produit quand un jugement a été rendu prononçant **l'exécution provisoire**, en première instance, lequel a été réformé en appel. Dans ce cas, celui qui a gagné en première instance doit, s'il perd en appel, restituer le montant des condamnations qu'il a touchées indûment.

Il devra en être ainsi en matière d'envoi en possession. Le légataire qui aura exécuté l'ordonnance et se sera mis en possession de la succession devra si le Président rapporte son ordonnance, restituer l'hérédité avec les fruits qu'elle aura produits et ne pourra pas profiter de l'avantage que lui donne l'envoi en possession, notamment de la faveur qui s'attache au bénéficiaire d'un acte authen-

tique ou d'un acte sous signatures privées reconnu par celui auquel on l'oppose.

C'est ainsi que si l'ordonnance d'envoi en possession est rétractée, l'héritier qui aura introduit une demande en validité du testament basée sur la contestation de l'écriture et de la signature du testateur sera réputé saisi de l'hérédité ; que foi sera considérée comme due à son titre et à sa qualité d'héritier et qu'il appartiendra au légataire universel de faire la preuve de l'écriture et de la signature du testateur.

Nous savons, en effet, que dans ce cas, en vertu d'une jurisprudence constante qui remonte à 1825 (Arrêt Cass. testament Despréaux, S. 1825-1-31), si l'écriture du testament olographe est contestée, la charge de la preuve tendant à établir la sincérité de l'écriture du testateur incombera au légataire, si l'envoi en possession n'est pas encore prononcé par le Président du tribunal (Cass. Civ. 25 juin 1867, S. 67-1-389. Req. 10 janvier 1877, D. 77-1-303).

Il nous reste enfin à examiner si, en dehors de l'opposition ou de l'appel, il n'existe pas d'autres voies de recours contre l'ordonnance sur requête, et notamment si le pourvoi en cassation n'est pas possible en cette matière. Nous avons vu qu'en matière d'ordonnance de référé et d'après la jurisprudence de la Cour de cassation, le pourvoi serait possible contre les ordonnances ayant un caractère définitif, tandis qu'il ne le serait pas contre celles qui n'ont qu'un caractère provisoire. Or, en matière d'ordonnances rendues sur requête, celles-ci étant toujours susceptibles d'être attaquées par la voie de l'opposition, il ne semble pas que le pourvoi soit possible. Ce-

pendant, les auteurs établissent une distinction : l'ordonnance rendue sans contradicteur ne pourrait être attaquée par le moyen du pourvoi en cassation, disent-ils, car cette ordonnance est susceptible d'opposition et c'est une règle formelle de procédure qu'on ne peut se pourvoir en cassation, voie de recours extraordinaire, avant d'avoir épuisé toutes les voies de recours ordinaires.

Mais si le pourvoi est dirigé contre l'ordonnance rendue par le Président sur l'opposition laquelle est contradictoire, le pourvoi sera recevable à la condition que la Cour ait été saisie, si cette ordonnance est susceptible d'appel.

Enfin il n'est pas douteux que le Procureur Général, près la Cour de cassation peut se pourvoir dans l'intérêt de la loi et pour excès de pouvoir, lorsque l'ordonnance a violé la loi, soit en la forme soit au fond.

La matière des ordonnances sur requête que nous venons d'examiner est sujette, comme nous l'avons vu, à de nombreuses controverses, relativement à l'exercice des voies de recours.

Néanmoins, il apparaît actuellement que la jurisprudence permet d'attaquer les ordonnances sur requête en matière de juridiction gracieuse, comme celles rendues en matière de référés ; l'opposition pratiquée contre l'ordonnance sur requête modifie le caractère de celle-ci et la rend contentieuse, quand il y a un droit méconnu ou un intérêt lésé, ce qui a pour effet de justifier l'existence des voies de recours admises en pareille matière.

Cette procédure nous paraît être tout simplement une application du principe supérieur des droits de la défense,

duquel il résulte qu'une voie de recours doit être ouverte à la partie dont les droits se trouvent lésés par une décision rendue en son absence et sans contradicteur.

Chapitre Troisième

Troisième catégorie d'ordonnances : ordonnances rendues à titre définitif par le Président en matière contentieuse dans quelques cas particuliers.

Nous étudierons maintenant une catégorie spéciale d'ordonnances rendues par le Président du Tribunal civil et qui nous paraissent présenter un caractère particulier ; ce sont celles dans lesquelles il juge sur le fond du droit au même titre que le ferait une juridiction du premier degré, c'est-à-dire, d'une manière définitive et à charge d'appel, s'il y a lieu.

Nous comptons nous occuper d'abord, dans une première section des ordonnances réglant des matières prévues par des textes et, ensuite de celles où la jurisprudence, par interprétation de la loi ou même en innovant, a institué le Président du Tribunal civil comme juge délégué du tribunal et se substituant au tribunal lui-même.

SECTION I

Ordonnances rendues par le Président d'une manière définitive et réglementant des situations prévues par des textes.

Nous citerons notamment à cet égard dans autant de paragraphes, l'ordonnance rendue en matière de vente

de fonds de commerce, où le Président juge les moyens de nullité concernant la procédure antérieure à l'adjudication, l'ordonnance permettant la réassignation d'un défendeur défaillant, celle rendue en matière de loyers en vertu de la loi sur la propriété commerciale, l'ordonnance rendue en vertu de la loi du 15 décembre 1887 sur les funérailles, celles rendues en matière d'arbitrage et de taxe.

Dans ces différents cas que nous venons d'énumérer, la juridiction du Président du Tribunal civil a subi une extension telle que l'on peut dire que celui-ci statue définitivement comme juge unique.

§ I. — Ordonnance rendue par le Président en matière de vente de fonds de commerce.

Le Président du Tribunal civil statue définitivement, en matière de vente de fonds de commerce, lorsqu'il est appelé à apprécier les moyens de nullité de la procédure de vente, avant l'adjudication.

La compétence du Président du tribunal en cette matière est assez spéciale : il est chargé d'apprécier les moyens de nullité proposés à l'encontre de la procédure de vente, avant l'adjudication.

On a sans doute pensé, qu'il s'agissait d'examiner les questions de procédure relatives à l'exécution des jugements, et pour lesquelles le Tribunal civil ou le Président qui est son délégué, a seul compétence (article 442 du C. P. C.)

La procédure qu'il s'agit d'apprécier est celle relative à la vente du fonds de commerce et comprend les mesures nécessaires pour faire atteindre à ce fonds son plus haut

prix pour le plus grand avantage des intéressés (créanciers nantis, créanciers chirographaires, partie saisie). Il importe d'apprécier si les droits de ceux-ci ont été sauvegardés, s'ils ont été appelés à la vente, si le cahier des charges contient bien tous les éléments du fonds de commerce, si les clauses qui y sont contenues ne sont pas susceptibles de nuire à la vente, si une publicité suffisante a été faite et dans les délais.

Il semble bien, en effet, qu'il s'agisse là d'apprécier la mise en œuvre ou l'exécution d'un jugement ordonnant une vente et les formalités de procédure dont les unes sont essentielles et les autres accessoires, et qui ne peuvent être appréciées que par un juge au courant des formalités des ventes judiciaires, lesquelles nécessitent des connaissances spéciales sur la question de réalisation du gage, du nantissement, du droit hypothécaire, des inscriptions et de toutes mesures susceptibles de sauvegarder les droits des créanciers, de la partie saisie et aussi des tiers.

Dans ce cas, le Président du Tribunal civil qui est habitué par sa fonction et ses études préalables, à ces questions spéciales, peut être qualifié plus que tout autre pour les apprécier et les juger sainement.

La loi lui donne donc compétence pour statuer comme juge unique, sur cette procédure.

Dans cette hypothèse comme dans la précédente, sa décision qui a un caractère définitif peut être frappée d'appel, dans le délai de quinze jours de la signification de l'ordonnance.

La loi dit, en effet (loi du 17 mars 1909, article 17) : « Il sera statué s'il y a lieu sur les moyens

de nullité de la procédure de vente antérieure à l'adjudication et sur les dépens par le Président du tribunal de l'arrondissement où s'exploite le fonds ; ces moyens devront être opposés à peine de déchéance, huit jours au moins, avant l'adjudication. Le paragraphe 8 de l'article 15 est applicable à l'ordonnance rendue par le Président ».

Ce texte signifie que l'ordonnance du Président n'est pas susceptible d'opposition, mais que l'appel est suspensif et qu'il doit être fait dans la quinzaine de la signification de l'ordonnance à partie et jugé sommairement par la cour dans le mois.

Les dispositions de cet article sont différentes de celles qui existent, en matière de vente du mobilier. Dans ce cas, l'article 948 du Code de Procédure civile autorise le Président à statuer en référé, ce qui implique qu'il ne statue qu'à titre provisoire et que si l'une des parties se trouve lésée, elle a la faculté de saisir le tribunal ultérieurement. La situation créée en matière de vente de fonds de commerce est également à rapprocher de ce qui se produit en matière de saisie-immobilière.

Dans ce cas, les moyens de nullité prévus par les art. 728 et 729 sont appréciés par le tribunal, lequel rend d'après les circonstances, des décisions définitives susceptibles ou non d'appel, suivant la nature et le caractère des jugements rendus (art. 728, 729 C. P. C.)

L'appel, toutefois, est soumis à des délais très courts : ces délais sont de 10 jours et la cour doit statuer dans la quinzaine (article 731 C. P. C.)

Si la loi a donné compétence au Président du Tribunal civil, pour juger définitivement les questions relatives

aux moyens de nullité en matière de vente de fonds de commerce, cela tient apparemment à ce qu'on a pensé que ce magistrat qui est habitué à juger avec rapidité, était régulièrement qualifié pour rendre une décision avec célérité dans une matière qui exige une exécution prompte, en raison du rôle des parties qui y figurent. Il s'agit, en effet, de commerçants qui sont plus ou moins touchés par la situation difficile d'un autre commerçant ayant donné en gage son fonds de commerce et son instrument de travail, et qui ne pouvant faire face à ses engagements, doit réaliser son actif. Il importe d'agir vite et bien pour réaliser le gage au plus haut prix et permettre aux créanciers qui ont besoin d'argent et peuvent subir la répercussion d'un défaut de paiement à l'échéance, d'être payés sans un retard qui leur soit trop préjudiciable.

Le Président agit, dans l'occurrence, comme le juge délégué du tribunal et a le même pouvoir que celui-ci.

§ II. — Ordonnance autorisant la réassignation d'un défendeur défaillant en vertu de l'art. 153 C. P. C. modifié par la loi du 13 mars 1922.

La loi du 13 mars 1922 qui a modifié l'art. 153 du Code de Procédure civile, dans l'hypothèse du défaut profit joint a remplacé le jugement qui ordonnait la réassignation du défendeur défaillant assigné avec d'autres qui avaient constitué avoué, par une ordonnance.

Ce changement de procédure doit-il être considéré comme ayant modifié l'effet de la décision rendue par une juridiction nouvelle, c'est-à-dire par la juridiction du Président ? L'article 153 modifié dispose, en effet : « Si de deux ou plusieurs parties assignées, toutes ne cons-

tiluent pas avoué, les parties défaillantes seront à l'expiration des délais d'ajournement, réassignées par huissier commis par ordonnance du Président, avec mention dans la réassignation, que le jugement à intervenir, aura les effets d'un jugement contradictoire.

Nous pouvons nous demander quel est le caractère de l'ordonnance rendue par le Président ?

Remplit-il le même office, en statuant seul depuis la loi nouvelle, qu'autrefois le tribunal, et les voies de recours susceptibles de s'appliquer à l'ancien jugement par défaut profit joint, viserai-elles l'ordonnance ? Nous estimons qu'il doit en être ainsi. Le Président du tribunal, d'après nous agit en quelque sorte, comme délégué du tribunal ; il exerce actuellement la même fonction que le tribunal remplissait autrefois.

Si donc, le jugement par défaut profit joint était susceptible de léser un intérêt et de provoquer une voie de recours, nous ne voyons pas pourquoi il en serait différemment de l'ordonnance du Président.

A première vue, cette question paraît dénuée d'intérêt pratique.

Nous reconnaissons bien volontiers qu'il devra en être ainsi la plupart du temps, le rôle du Président ainsi que celui du tribunal consistant à examiner si, au point de vue strict de la procédure, l'un ou plusieurs des défendeurs défaillants n'ont pas constitué avoué, alors que l'une des parties assignée dans un litige de même nature a rempli cette formalité ; ou, autrement dit, il devra examiner si parmi tous les défendeurs assignés devant le tribunal, les uns comparaissent et les autres ne comparaissent pas.

Mais, on peut imaginer telles circonstances où le Président du tribunal, pourra se refuser à rendre l'ordonnance qui lui est demandée.

Il y a lieu de remarquer, en effet, qu'il peut exister des hypothèses où il n'y ait pas lieu à défaut profit joint. Il en est ainsi lorsque de deux parties mises en cause, l'une joue le rôle de défendeur et l'autre n'est appelée que pour autoriser la première. Tel est le cas où le mari est assigné pour autoriser sa femme ; l'art. 153 suppose la pluralité des défendeurs, et du moment qu'il n'en existe qu'un seul, aucune contrariété de jugement n'est à craindre.

Il n'y aurait pas lieu, non plus, à jugement par défaut profit joint, lorsque le demandeur intente contre chacun des deux défendeurs des actions distinctes, bien qu'il les ait réunies dans une seule instance et conclu à la condamnation de ceux-ci. Dans ce cas, il n'y a pas lieu de rendre une ordonnance de défaut profit joint, si l'un des deux défendeurs fait défaut, faute de comparaître (Req. 4 mars 1889, D. 1990-1-134).

L'article 153 suppose encore que les défendeurs ont été assignés par le demandeur. Si l'un des défendeurs assigne lui-même une autre personne, par exemple si l'acheteur menacé d'éviction appelle en cause son garant, il n'y a pas lieu, non plus, à une décision par défaut profit joint pour le cas où le garant ferait défaut faute de comparaître.

On peut imaginer telle hypothèse où le Président se refusera à rendre une ordonnance de défaut profit joint en déclarant que les défendeurs n'ont pas le même intérêt.

En cas de refus, que se passera-t-il si l'une des parties

se trouve lésée et veut faire valoir ce qu'elle estime être son droit ? Elle a, assurément, intérêt à faire réviser l'ordonnance, soit par opposition, soit par appel, pour éviter que les décisions à intervenir ultérieurement sur le fond ne soient anéanties pour le cas où les juridictions supérieures estimeraient l'ordonnance de défaut profit joint nécessaire. Cela n'est pas une vaine hypothèse car la jurisprudence décide que si la formalité du défaut profit joint n'a pas été remplie alors qu'elle aurait dû l'être, il y a là un cas de cassation (C. Grenoble 5 décembre 1890, D. 1892-2-237. Cass. 21 février 1906, D. P. 1908-1-495. Cass. ch. civ. 19 juillet 1876, D. P. 1877-1-100).

Le demandeur a donc intérêt dans cette hypothèse à former un recours contre l'ordonnance rendue.

Dans ce cas, il ne peut pas former opposition devant le Président, puisque celui-ci s'est prononcé. Peut-il aller en appel, comme dans le cas où le légataire universel voit sa demande d'envoi en possession rejetée ? Il nous apparaît qu'il doive en être ainsi.

Le demandeur ne pourra pas, en effet, s'adresser au tribunal qui n'a pas qualité pour se substituer au Président et qui n'est appelé à juger le fond que lorsque l'hypothèse prévue par l'art. 153 C. P. C. aura été soumise au Président.

Mais quel est le caractère de l'ordonnance prévue par l'art. 153 C. P. C. ? Est-elle provisoire, ou définitive ? Nous considérons qu'elle doit être définitive comme l'était autrefois le jugement par défaut profit joint lui-même et qu'elle doit être frappée du même recours que ce jugement.

Nous voulons bien admettre que l'hypothèse par nous

envisagée se présentera assez rarement en pratique.

Néanmoins, comme son inobservation peut donner lieu à un recours en cassation, et éterniser une instance que le demandeur a intérêt à mettre rapidement à fin, il est fondé à éviter dès le début de la procédure des exceptions ou fins de non recevoir d'un caractère péremptoire susceptible d'anéantir ultérieurement, la demande introduite devant les diverses juridictions auxquelles elle peut être déférée.

Nous estimons donc, que si l'une des parties est d'avis qu'il y a lieu à défaut profit joint et si le Président se refuse à rendre l'ordonnance, la partie qui se croit lésée est fondée à aller en appel.

De cette manière, la procédure pourra ultérieurement se poursuivre avec sécurité, sans que les plaideurs risquent de se voir opposer, au cours de l'instance ordinaire qui sera ultérieurement suivie au fond, un moyen qui est considéré comme étant d'ordre public.

Mais, ce qu'il importe de remarquer, c'est que l'ordonnance de défaut profit joint est une décision définitive au moyen de laquelle le Président statue comme juge délégué ou juge unique ; il agit comme le ferait le tribunal tout entier ; d'après nous, sa décision est souveraine, si elle n'est pas frappée de recours. Il aura le dernier mot.

§ III. — Ordonnance rendue par le Président en matière d'arbitrage.

L'article 1020 du Code de Procédure civile prescrit que : « Le jugement arbitral sera rendu exécutoire par une ordonnance du Président du tribunal de première

instance dans le ressort duquel il a été rendu. A cet effet, la minute du jugement sera déposée par l'un des arbitres dans les trois jours au greffe du tribunal ».

L'ordonnance d'exequatur seule, peut conférer au jugement des arbitres la force exécutoire et permet d'inscrire l'hypothèque judiciaire (art. 2124 du Code civil et 1021 C. P. C.)

L'ordonnance d'exequatur est rendue par le Président du Tribunal civil dans le ressort duquel les arbitres ont jugé.

Quels sont les pouvoirs du Président en ce qui concerne l'ordonnance d'exequatur ?

On admet qu'il peut la refuser en cas d'irrégularité, par exemple si la sentence manque d'une des conditions substantielles ou contient une nullité d'ordre public.

Tel serait le cas où la sentence ne serait pas signée, celui où elle émanerait de personnes incapables d'être arbitres, celui où elle ne serait pas précédée d'un compromis ou si le compromis permettait de trancher des questions d'état.

Mais, il ne saurait refuser son ordonnance, sous prétexte que la sentence a été mal rendue au fond.

Le Président a donc le droit, dans certains cas, de refuser l'ordonnance d'exequatur, mais il est incontestable que sa décision constitue un acte susceptible de léser une partie et relevant comme tel de sa juridiction contentieuse. Un recours peut donc être exercé ; mais quel sera ce recours ?

D'après les uns, il y a lieu d'agir par voie d'opposition devant le tribunal au cas d'incompétence du magistrat qui a rendu l'ordonnance et par voie d'appel devant la

cour, au cas de refus d'exequatur (Juris. Générale V° arbitrage n° 1188).

D'autres estiment que la voie de l'opposition devant le tribunal est, en toute hypothèse, la seule admissible (Rennes, 28 avril 1893, 1^{re} espèce, D. P. 93-2-276).

Cette dernière opinion nous paraît exacte en tant qu'elle considère l'ordonnance du Président, comme susceptible d'être frappée de recours.

Quant aux voies de recours, nous considérons que ce sont celles du droit commun : opposition devant le magistrat qui a rendu l'ordonnance, si elle l'a été par défaut, appel devant la Cour, si l'ordonnance a été contradictoire (D. P. 1903-3-129, note 1-2).

Nous avons déjà dit plus haut, qu'il nous semble difficile de soumettre le recours au tribunal, cela nous paraît contraire aux principes de l'organisation judiciaire qui n'admettent pas qu'on érige le tribunal juge des actes de son Président (Juris. Générale V° jugement n° 575).

Une opinion s'est basée sur l'article 1028 qui prévoit, dans certains cas limitativement déterminés, le recours au tribunal, pour généraliser les dispositions de cet article. Mais il nous paraît difficile de s'y arrêter. D'abord parce qu'il ne nous semble pas possible de généraliser des cas exceptionnels et qu'en outre, cet article envisage un recours susceptible de faire annuler la sentence arbitrale, alors que nous n'étudions que la voie de recours, s'attaquant exclusivement à l'ordonnance du juge.

On doit donc conclure que les ordonnances portant délivrance ou refus de l'exequatur doivent être attaquées par les voies de recours du droit commun, dans tous les cas où c'est seulement, l'ordonnance du Président et non

la sentence arbitrale elle-même, qui est en discussion. Mais quel sera le caractère de l'ordonnance qui est ainsi rendue ?

A-t-elle un caractère provisoire ou définitif ?

Le Président n'agit-il pas comme juge délégué du tribunal ?

A notre avis, il s'agit d'une décision définitive et si l'ordonnance d'exequatur est soumise à la Cour, celle-ci aura le dernier mot.

Il n'appartient plus aux parties lésées de saisir le tribunal : celui-ci serait incompétent.

§ IV. — Ordonnance rendue par le Président en matière de taxe.

Nous avons à examiner une autre ordonnance d'un caractère un peu spécial, c'est celle prévue par la loi du 24 décembre 1897 en matière de recouvrement des frais dus aux notaires, avoués et huissiers.

Cette loi tend à enlever aux officiers ministériels ci-dessus, le droit de former une action directe en justice, en paiement des frais qui leur sont dus et constitue pour eux, un avantage très appréciable sur l'instance ordinaire avec toutes ses lenteurs, qui leur était réservée par l'art. 60 C. P. C. Elle leur permet de demander la taxe au moyen d'une ordonnance qui sera rendue par le Président.

Cette ordonnance devra être signifiée et deviendra définitive quinze jours après, à moins qu'elle ne soit frappée d'opposition dans l'intervalle,

Mais devant quelle juridiction, l'opposition devra-t-elle être faite ? La loi le dit expressément : « Les débats

auront lieu en Chambre du Conseil, sans procédure, le Ministère Public entendu. Le jugement sera rendu en audience publique ; il sera susceptible d'appel dans les formes et dans les cas ordinaires ».

Cette manière de procéder peut paraître contraire à la règle qui n'admet pas qu'on érige le tribunal en juge des actes de son Président, mais il y a lieu de remarquer qu'il s'agit là, d'une procédure quelque peu exceptionnelle où le Président peut se faire remplacer, en cas d'empêchement par un juge commis par lui.

Il faut observer en outre, que le Président n'a pas toujours compétence pour taxer et qu'il en est ainsi s'il n'a pas pris part au jugement.

La loi dit, en effet : « S'il s'agit de frais relatifs à une instance, le magistrat taxateur devra avoir pris part au jugement ou à l'arrêt... »

Il semble donc, dans ce cas, que la taxe soit considérée comme un accessoire du jugement.

Si donc, l'ordonnance de taxe n'est pas frappée d'opposition dans la quinzaine, elle deviendra définitive et la partie condamnée, n'aura qu'à s'y soumettre sans pouvoir, ensuite, saisir le tribunal.

Il s'agit donc bien là d'une décision définitive où le Président ou son délégué a agi comme juge unique.

Il y a lieu de remarquer que les voies de recours contre l'ordonnance de taxe qui consistent, dans une opposition avec introduction d'une instance en chambre du conseil, suivie d'un jugement et dans un appel à la Cour, s'il y a lieu, constituent de voies de recours spéciales à cette matière, laquelle est quelque peu particulière.

Nous voulons seulement en retenir, pour rester dans le cadre de notre sujet, que l'ordonnance rendue par le Président, si elle n'est pas frappée d'opposition a un caractère définitif et constitue une décision qui a l'autorité de la chose jugée. Il s'agit là, d'après nous, d'une ordonnance qui peut devenir souveraine, si elle n'est pas attaquée, et qui sera rendue par un juge unique, lequel, dans l'occurrence, aura une autorité égale à celle du tribunal et pourra être considéré comme le délégué de celui-ci.

§ V. — Ordonnance rendue par le Président en matière de propriété commerciale.

La loi du 30 juin 1926, modifiée par celle du 22 avril 1927, dans certaines de ses parties (et dite de la propriété commerciale) a apporté des modifications très sérieuses dans les principes résultant du droit civil, en matière de baux.

Cette loi pose le principe d'un double droit pour le locataire commerçant ou industriel, dans ses rapports avec le bailleur, d'une part ; le propriétaire ne peut expulser le locataire à la fin du bail qu'à la condition de justifier de motifs légitimes pour s'opposer au renouvellement.

Dans le cas contraire, et s'il évince le locataire il peut être condamné à des dommages-intérêts pour le préjudice causé.

D'autre part, la loi garantit le locataire sortant, dans certains cas, contre la possibilité d'un enrichissement réalisé à ses dépens, par le nouvel occupant, au moyen

de la sanction d'une indemnité à concurrence de son enrichissement (article 8 de la loi).

La loi a envisagé l'hypothèse où le propriétaire admet le principe du renouvellement du bail, mais où il y a désaccord entre le bailleur et le preneur sur le prix, la durée, les conditions accessoires ou sur l'ensemble de ces éléments (article 3 de la loi).

Dans ce cas, chacune des parties doit désigner un arbitre.

Si les arbitres ne tombent pas d'accord, l'affaire reviendra à la requête de la partie la plus diligente devant le Président du tribunal qui statuera après l'avis des arbitres et l'audition des parties (article 3, 12^e de la loi).

Celui-ci juge dans la plénitude de sa liberté, tout en étant tenu de motiver son ordonnance.

Si celle-ci n'est pas frappée d'appel dans les quinze jours, les parties devront dresser un nouveau bail dans les conditions prévues et arbitrées par le Président.

La loi prévoit l'appel de l'ordonnance du Président. Cet appel, en vertu du paragraphe treize de l'article trois devra intervenir dans les quinze jours de la signification. Il sera porté devant la Cour.

La loi ne parle pas des autres voies de recours puisque l'ordonnance du Président n'est pas une décision souveraine, c'est-à-dire excluant l'appel, il n'existe aucune raison pour ne pas admettre les autres voies de recours : le pourvoi en cassation à la suite de l'appel, s'il y a eu violation de la loi ; la requête civile et aussi les voies de recours émanant d'un tiers lésé.

Il ne semble pas que la voie de l'opposition soit recevable contre l'ordonnance du Président dans le cas où

l'une des parties ne s'est pas présentée devant lui. En effet, l'ordonnance du Président remplace la sentence arbitrale et la procédure est contradictoire à partir du moment où les arbitres ont été désignés. L'ordonnance du Président qui constate l'absence d'une des parties n'apparaît donc pas comme étant une ordonnance rendue par défaut.

§ VI. — **Ordonnance rendue sur la question de la liberté des funérailles** (Loi du 15 novembre 1887, D. P. 1887-4-101).

La loi du 15 novembre 1887 établit en matière de compétence sur les contestations que peut faire naître le caractère à donner aux funérailles soit qu'il y ait des dispositions prises par le défunt, soit autrement, des règles différant absolument de ce qui existait auparavant.

Avant la loi du 15 novembre 1887, le Président statuait en vertu de la compétence à lui attribuée par l'art. 806 du C. P. C., c'est-à-dire, comme juge des référés, ce qui lui donnait le pouvoir de statuer, dans tous les cas d'urgence.

Mais, suivant le principe de cette juridiction, il statuait au provisoire et devait se garder autant que possible d'ordonner aucune mesure ayant un caractère définitif. Quant au mode et aux conditions de la sépulture, il ordonnait une inhumation provisoire en attendant le résultat de l'instance. Quant au caractère des funérailles, il lui fallait bien se prononcer ; mais dans le doute on admettait qu'il était préférable de ne pas ordonner de service religieux, sauf au tribunal à l'autoriser ultérieurement.

D'après la loi nouvelle, le juge de paix en première instance doit statuer dans le jour sur le fond et au principal, tant sur le caractère des funérailles, que sur les conditions de l'inhumation.

Le Président du tribunal doit statuer en appel dans les 24 heures. C'est là une innovation sans précédent ; on ne connaissait pas encore d'exemples d'un appel porté du juge de paix devant le Président du tribunal.

Cette innovation n'a pas été admise sans difficultés et sans vouloir passer en revue les travaux préparatoires sur ce point, il est assez intéressant d'observer que, devant les chambres on a successivement admis la compétence du juge de paix, jugeant en dernier ressort, du juge de paix jugeant sauf appel devant la juridiction des référés et en dernier ressort, pour aboutir enfin, au système qui a prévalu à savoir la compétence du juge de paix, sauf appel devant le Président, statuant d'une manière définitive.

Pour défendre ce dernier point de vue qui a prévalu, on a dit qu'il faut remarquer qu'à côté des questions sur le caractère civil ou religieux des funérailles, il y a une infinité d'autres questions secondaires qui peuvent n'avoir aucune gravité : C'est le lieu, c'est la place précise où l'inhumation aura lieu qu'on discute... Dans ce cas, ne peut-on pas penser que le plus souvent, ces questions pourraient être résolues très vite à l'amiable, par le juge de paix et qu'il suffirait d'échanger quelques explications, en présence de ce magistrat de famille, pour mettre les parties d'accord ; quand le dissentiment portera sur les difficultés véritablement sérieuses et dignes d'un débat véritable, il sera toujours possible de recourir à la juri-

diction du Président du tribunal en formant appel devant lui (Voyez la discussion de la loi au Sénat, D. P. 1887-4-101).

L'innovation de cette loi a soulevé de nombreuses critiques, notamment en raison de la rapidité avec laquelle on a imposé, tant au juge de paix qu'au Président du tribunal civil, qui est saisi en appel, l'obligation de statuer.

D'après la loi, en effet, le juge de paix en première instance doit juger dans le jour au fond sur le caractère des funérailles et sur les conditions de l'inhumation.

Le Président du tribunal doit statuer en appel dans les 24 heures (art. 5 de la loi du 15 novembre 1887).

Cette innovation a paru peu satisfaisante et on s'est demandé comment un juge de paix pourrait, en quelques heures, instruire un procès auquel se rattacheront, parfois, les questions les plus difficiles de captation, d'insanité d'esprit, de révocation, de vérification d'écritures, etc... On se demande aussi comment on pourra, dans les 24 heures obtenir une décision en appel.

On a répondu à cette objection, en disant que les dispositions proposées étaient parfaitement réalisables.

Il a été dit notamment au Sénat « dans les vingt-quatre heures on est admis devant le juge de paix à faire valoir ses prétentions et vingt-quatre heures après on peut conclure à l'infirmité de la décision du premier juge. Ce n'est pas là, d'ordinaire une affaire compliquée, alors même qu'il s'agirait de savoir si le défunt doit être inhumé dans le caveau d'une famille ou dans celui d'une autre, cela n'est pas bien difficile. Et plus loin, pour expliquer la substitution des

règles nouvelles à l'ancienne procédure des référés, on a répondu : « Pourquoi n'avons-nous pas voulu maintenir le mot référé ? » C'est que le Président du Tribunal, jugeant en référé, ne juge que d'une manière provisoire et non pas sur le fond. Or, pour constituer le juge d'urgence et le juge en appel, il fallait absolument faire disparaître le mot « référé ». C'eût été une véritable hérésie de le maintenir dans la loi ».

Nous tenons à insister sur ce point que, dans cette matière le Président en appel n'est pas juge de référé.

Le législateur a entendu faire de lui, un juge souverain, jugeant définitivement les contestations que l'inhumation peut soulever ; il statue donc, non pas provisoirement, mais définitivement. Il juge au fond et l'art. 809 qui défend de faire préjudice au principal, n'est pas ici applicable. On a dit, à cet égard, en réponse aux partisans de l'opinion qui songeaient à constituer le tribunal de première instance juge d'appel du juge de paix, qu'il était préférable de s'adresser au Président du Tribunal, plutôt qu'au Tribunal lui-même, par ce motif qu'il serait plus facile de trouver le Président que de réunir le Tribunal (voyez le rapport de Labiche, au Sénat, Dalloz, Verb. Cit.)

Il en est ainsi par la force des choses quand il s'agit de savoir si les obsèques auront lieu ou non avec le concours des ministres du culte.

La question est épuisée par la décision du Président du Tribunal, statuant comme juge d'appel ; il serait impossible de revenir sur la chose jugée.

Il en est de même en ce qui concerne les autres conditions des funérailles et par exemple, le lieu de la sépulture.

« Le juge ne saurait prescrire une mesure provisoire,

ordonner, notamment, que le corps sera déposé dans un caveau provisoire et renvoyer les parties devant le Tribunal, pour la détermination du placement définitif. C'est à lui que la loi impose l'obligation de statuer et il ne saurait renvoyer à une autre juridiction, la connaissance d'une difficulté au sujet de laquelle, la loi lui attribue spécialement compétence » (Voyez A. Curet de la juridiction des référés, n° 255, p. 151).

On peut donc dire d'une façon certaine que le Président du tribunal, lorsqu'il statue comme juridiction d'appel du juge de paix, juge d'une façon définitive, comme juge délégué du tribunal et comme le ferait le tribunal lui-même.

§ VII. — **Ordonnance rendue par le Président du Tribunal civil autorisant la mainlevée de titres au porteur perdus ou volés** (loi du 15 juin 1872 modifiée et complétée par la loi du 8 février 1902).

On sait que le Code civil dans les articles 2279 et 2280 autorise exceptionnellement la revendication des meubles perdus ou volés ; les titres au porteur qui sont des meubles étaient avant les lois de 1872 et de 1902 soumis au droit commun et l'action en revendication du propriétaire dépossédé contre un tiers porteur de bonne foi était presque toujours vouée à un échec certain.

C'est pourquoi les lois du 15 juin 1872 et du 8 février 1902 ont été votées. Ces deux lois visent toutefois des hypothèses différentes.

La loi de 1872 a entendu protéger le propriétaire d'un titre au porteur « dépossédé par un événement quelcon-

que » en lui donnant la possibilité de conserver son droit de propriété sur le titre et son droit au capital et aux arrérages, à la condition de faire une double opposition, l'une au syndicat des agents de change à Paris, l'autre à l'établissement débiteur.

La loi de 1902 au contraire a voulu protéger le porteur du titre contre les oppositions abusives et a permis à ce porteur de demander immédiatement au Président du Tribunal la mainlevée de cette opposition.

C'est l'étude de la loi de 1902 que nous avons voulu faire rentrer dans le cadre de notre sujet, car elle a apporté une extension importante au pouvoir du juge des référés en lui donnant le droit de prononcer dans certains cas la mainlevée de l'opposition, lorsque l'opposant n'allègue à l'appui de sa revendication aucun fait, ou ne produit aucune pièce de nature à rendre vraisemblable le bien fondé de sa prétention.

Bien que le juge des référés ne statue dans la matière qu'à titre provisoire, puisque la loi suppose que le porteur du titre qui a obtenu mainlevée contre l'opposant peut néanmoins être assigné en revendication devant le tribunal, néanmoins ce dernier ne sera saisi que très rarement de l'action en revendication de l'opposant.

Qu'on veuille bien remarquer en effet que le juge des référés statue dans l'occurrence sur le fond du litige puisque le porteur du titre peut démontrer son droit de propriété au moyen des pièces justificatives qu'il possède et que l'opposant peut contester ce droit en produisant des documents de même nature.

Il est présumable qu'au moyen de la production de leurs titres respectifs, le porteur du titre et l'opposant

fourniront toutes justifications utiles et qu'ils épuiseront leur droit devant le juge des référés.

Celui-ci jugera donc le différend la plupart du temps d'une façon définitive, et son ordonnance, bien que n'ayant en apparence qu'un caractère provisoire, n'en aura pas moins en réalité celui d'une décision au fond.

Aussi la loi emploie-t-elle dans l'article 18 des expressions qui laissent entendre que le juge des référés agit dans l'occurrence avec une autorité toute différente de celle dont il est ordinairement investi.

La loi de 1902 dit en effet dans son article 18 « que si au jour de l'audience fixé pour la comparution en **référé**, l'opposant ne justifie pas avoir introduit une demande en revendication, le juge des référés **devra prononcer** la mainlevée immédiate ».

Le texte ajoute... « Il en sera de même quoique l'opposant ait introduit sa demande en revendication, si le porteur justifie par des actes probants et non suspects antérieurs à l'opposition qu'il est propriétaire des valeurs revendiquées depuis une date antérieure à celle de la publication de l'opposition ».

Il en sera ainsi également — et ce sera l'hypothèse la plus ordinaire — lorsqu'un titre au porteur perdu ou volé aura été négocié en Bourse avant son inscription au Bulletin Officiel des oppositions ; c'est à bon droit que le juge des référés prononcera dans ce cas la mainlevée de l'opposition poursuivie selon les formules prescrites par l'article 17 de la loi du 15 juin 1872, si l'opposant n'a pas justifié de l'introduction d'une demande en revendication au jour du référé (Dr. Financier 1924-81).

Enfin pour bien montrer que tout paraît terminé, le

Président a le droit de statuer sur les dépens, solution qui n'est généralement envisagée par la loi que lorsqu'on estime que le juge du fond n'aura pas à intervenir ultérieurement.

Toute cette procédure qui se déroule devant le Président du Tribunal écarte l'idée d'une décision purement provisionnelle et démontre que le législateur veut mettre fin sans retard aux oppositions souvent abusives et qu'il cherche à y arriver rapidement au moyen d'une ordonnance clôturant définitivement le débat.

Assurément le principe reste sauf en ce sens que le Tribunal peut avoir le dernier mot et statuer définitivement sur **la légitimité de l'opposition**, mais en réalité il est d'évidence que le Président en ne jugeant pas en référé « nonobstant l'opposition » suivant la formule courante, mais en prononçant la mainlevée, juge en définitive le fond, contrairement au principe suivant lequel il n'a pas ce droit normalement.

C'est le Président en réalité qui a le dernier mot et non pas le Tribunal ; c'est lui qui rejette l'action en revendication et prononce la mainlevée de l'opposition jouant ainsi le rôle qui devrait être celui du Tribunal d'après le droit commun. Il statue dans l'occurrence comme juge unique et souverain.

Il est présumable en outre que si la partie qui a succombé estime que son droit a été violé, elle interjettera appel de l'ordonnance, plutôt que de saisir le juge du fond pour gagner du temps d'abord, et ensuite pour éviter le préjugé résultant de l'ordonnance du Président ou l'influence de sa décision sur le jugement au fond.

Nous ne croyons donc pas exagérer, en disant que dans

l'hypothèse prévue ci-dessus, le Président du Tribunal civil, bien que jugeant en apparence en référé, statue en réalité, définitivement au fond, car le porteur du titre pourra en disposer d'une façon complète, notamment le vendre et toucher l'argent.

Ce qui est certain, c'est que le juge des référés statue autrement qu'il ne le fait d'après le droit commun, car il se prononce bien que provisoirement sur le fond de l'instance (Voyez la note de M. Wahl sous l'arrêt de la Cour de Paris, du 10 janvier 1912. S. 1914-2-1).

SECTION II

Ordonnance du Président statuant définitivement par voie d'interprétation, en matière de divorce ou de séparation de corps, sur l'exception d'incompétence soulevée par le défendeur.

Nous allons examiner la nature de l'ordonnance rendue par le Président, en matière de divorce et de séparation de corps, lorsqu'il statue sur l'exception d'incompétence soulevée devant lui par le défendeur, « *in limine litis* ».

Il s'agit de la compétence *ratione personæ* ou *ratione loci*.

On sait qu'en vertu de l'art. 238 du Code civil le Président du Tribunal constate d'abord la non conciliation ou le défaut et autorise le demandeur à assigner devant le Tribunal.

Il statue également sur les mesures provisoires à prendre dès le début de l'instance, telles que la fixation de la résidence de la femme, la garde des enfants, la réglementation du droit de visite des parents. Il peut également, aux termes de l'article 242 C. C. s'il en a été requis par l'un ou l'autre des époux, ordonner les mesures conservatoires pour la sauvegarde de leurs intérêts respectifs.

Mais, avant de rendre son ordonnance sur les mesures provisoires, le Président peut avoir à statuer sur la question de compétence « *ratione personæ* » soulevée devant lui, à ce moment, par le défendeur. Quel sera alors son rôle. Devra-t-il se borner à donner acte au défendeur de l'exception d'incompétence soulevée par lui, ou pourra-t-il juger comme s'il avait qualité pour statuer sur cette question ?

Il est hors de doute que le domicile du mari étant le domicile légal des deux époux (Code civil, articles 108 et 214) c'est devant le Tribunal de ce domicile que le demandeur, mari ou femme, devra introduire son action.

Il suffit, d'autre part, que le domicile du mari soit légalement établi dans un lieu au jour de la demande, quelque récente qu'en soit la fixation, pour qu'elle soit attributive de compétence.

En droit commun, on considère comme compétent, le tribunal du lieu où le défendeur avait son domicile au jour de **l'assignation**, mais, en notre matière il en est différemment.

La jurisprudence fait remonter l'origine de l'instance à la **citation** signifiée à l'époux défendeur à comparaître en conciliation devant le Président du tribunal et décide,

en conséquence, que l'époux défendeur doit soulever l'exception d'incompétence dès sa comparution devant ce magistrat.

Cette solution se justifie d'ailleurs, par le caractère particulier qu'offre la tentative de conciliation, en matière de divorce ; le Président doit dans ce cas statuer sur les mesures provisoires que nous avons indiquées plus haut. Un véritable débat contentieux et contradictoire est susceptible d'être soulevé devant lui.

On peut donc dire que l'instance est déjà commencée lorsque les parties se trouvent en présence devant le Président : le litige est né.

Or, comme l'exception d'incompétence doit être soulevée avant toute défense au fond (art. 169 C. P. C.), l'époux défendeur est tenu de l'invoquer dès qu'il comparaitra, sinon il ne sera pas recevable à s'en prévaloir ultérieurement.

Mais le Président devant lequel on soulève la question de compétence a-t-il qualité pour la résoudre ?

On a admis pendant longtemps que le Président devait donner acte au défendeur de l'exception d'incompétence par lui soulevée et réserver au tribunal le soin de la juger, sauf à prescrire à raison de l'urgence, les mesures provisoires qu'il jugerait nécessaires.

Telle est déjà l'opinion enseignée en matière de séparation de corps par de Belleyne (ordonnance rendue sur req. et sur référé, troisième édition, tome premier, page 316).

D'après cet auteur : « Si le défendeur, au moment de sa comparution devant le Président, oppose l'incompétence du Président et celle du Tribunal, le Président doit

donner acte de cette exception, **et attendu qu'il ne peut statuer sur l'exception d'incompétence**, il doit constater le refus de conciliation et, à cause de l'urgence, ordonner les mesures provisoires ».

Le Président, dit-on, en agissant de la sorte se comporte comme dans le cas d'un référé renvoyé à l'audience ; il donne acte au défendeur de l'exception d'incompétence par lui proposée et en renvoyant les parties devant le tribunal, pour être statué sur cette exception, il indiquera le jour de la comparution qu'il fixera devant lui, au délai le plus bref possible.

A l'objection qui consiste à prétendre que l'on peut difficilement admettre qu'un Président qui refuse de statuer sur la compétence, puisse constater le défaut de conciliation et statuer sur les mesures provisoires, on répond que le Président doit se borner à juger les mesures provisoires qui ne peuvent être retardées sans péril, en un mot, faire seulement ce qu'il devrait faire comme juge des référés, vu l'urgence, quelque fût le domicile du défendeur.

Quant à la conciliation, contrairement à l'opinion de de Belleyme, on peut la retarder jusqu'à la décision du tribunal, sur la compétence ; le Président devra s'abstenir de la tenter et il n'aura pas, dès lors, dans l'ordonnance par lui prise, pour renvoyer l'affaire devant le tribunal, à constater la non-conciliation des époux.

En tant que juge-conciliateur, le Président ne peut agir que s'il est compétent (argument art. 50 C. P. C.) ; sa compétence se rattache intimement à celle du tribunal et ne peut être déterminée qu'après la décision à rendre sur l'exception d'incompétence.

En faveur de l'opinion qui proclame le renvoi devant le tribunal, on fait remarquer que si le Président tranchait la question de compétence, il en résulterait que le tribunal n'aurait jamais à apprécier sa propre compétence.

En effet, si le défendeur n'interjetait pas appel de l'ordonnance par laquelle le Président aurait affirmé sa compétence, il y acquiescerait et se rendrait ainsi non recevable à soulever son exception devant le Tribunal.

Telle est la doctrine formulée par un arrêt de la Cour de Lyon, du 17 mars 1891, lequel a donné lieu à une note d'un professeur de l'Université de Lyon (M. Appleton).

Ce dernier approuve la doctrine de l'arrêt en y faisant, toutefois, cette réserve, que le Président ne devrait ni tenter la conciliation ni permettre d'introduire une demande avant la décision du tribunal, sur la compétence.

Le Président lui-même ne saurait trancher cette question.

Au fond, dit-il, il n'y a qu'une seule raison à donner, mais elle est décisive : la compétence du Président dépend de celle du tribunal et naturellement, c'est au tribunal à statuer sur sa propre compétence ; l'effet ne peut précéder la cause, par conséquent si le Président peut prendre des mesures provisoires ce n'est pas du tout en vertu des articles 238 et suivants C. C. que la Cour de Lyon nous semble viser à tort, — car cela impliquerait que le Tribunal est compétent — mais bien comme juge des référés dont la compétence ne dépend pas absolument du domicile du défendeur ainsi qu'on l'a vu ci-dessus et

en vertu des articles 806 et suivants du Code de Procédure civile.

Cette doctrine a été approuvée par la plupart des Cours d'Appel (Lyon, 17 mars 1891, S. 1892-2-1. Nîmes, 16 février 1892, S. 92-2-30. Paris, 4 janvier 1910, D. P. 1911-2-244. Aix, 20 décembre, D. P. 1917-2-23. Amiens, 20 juillet 1920 et Lyon 27 novembre 1920, D. P. 1921-2-60) sauf quelques exceptions (voyez notamment, Paris, 5 février 1889, D. P. 90-2-358. Grenoble, 2 mai 1891, D. P. 92-2-561).

Les véritables motifs de cette interprétation sont donnés très clairement par l'arrêt de la Cour de Paris qui dit, notamment : « ... Il n'a pu rentrer, d'ailleurs, dans la pensée du législateur de faire sortir le Président de son vrai rôle qui est de concilier les parties, pour lui attribuer la connaissance de questions de compétence que leur solution ne saurait intervenir, en effet, qu'à la suite d'un débat qui obligerait les parties à se faire assister de leurs conseils, ce qui leur est interdit par l'article 877 C. P. C. qu'en conséquence, lorsque l'incompétence du Tribunal est soulevée, le Président doit se borner à donner acte au défendeur du déclinatoire par lui proposé, afin d'éviter qu'il soit forclos et réserver au Tribunal, le soin de statuer sur sa propre compétence. Que la Cour saisie par l'appel dirigé contre l'ordonnance du Président, ne saurait avoir de pouvoirs plus étendus que le Président lui-même ».

La Cour de Cassation ne s'est prononcée la première fois sur la question qu'en 1925.

Par un arrêt de la Chambre des req. du 10 février 1925 (Dalloz, 1925-1-73, S. 1925-1-103 et la note de M.

Rouast), elle décide que c'est le Président qui est compétent pour statuer sur la question d'incompétence et que sa décision est susceptible d'appel conformément à l'article 238 C. C. dans la quinzaine de l'ordonnance permettant d'assigner et statuant sur les mesures provisoires.

La Cour de Cassation, dit en effet, que l'art. 238 C. C. en donnant au Président la mission à défaut de conciliation, de renvoyer les parties devant le tribunal, de statuer sur la résidence, la garde provisoire des enfants, la remise des effets personnels et la pension alimentaire, lui attribue par là-même, et nécessairement le pouvoir de rendre de véritables décisions judiciaires susceptibles d'appel. Que les parties étant tenues, à peine de déchéance, de soulever dès le début de l'instance et « *in limine litis* » l'exception d'incompétence « *ratione loci* », il en résulte que le Président est compétent, pour statuer sur cette exception.

Malgré la décision qui précède, la Cour de Grenoble qui a statué sur une espèce analogue, peu de temps après, le 5 janvier 1926, s'est mis nettement en opposition avec la doctrine de la Chambre des requêtes en se rangeant à la jurisprudence des Cours d'Appel précédemment citée.

Cette cour a décidé que lorsqu'au moment de sa comparution devant le magistrat conciliateur, c'est-à-dire « *in limine litis* », le défendeur à une action en divorce ou en séparation de corps a déposé des conclusions aux fins d'incompétence du tribunal saisi et que ledit magistrat s'est borné à donner acte des conclusions d'incompétence, cette question demeure entière et c'est à tort que le tri-

bunal saisi à son tour de l'exception, l'a déclaré irrecevable (C. C. 238, 239, 307, C. P. C. 168, 172).

D'ailleurs ajoute la Cour, s'il est constant que l'incompétence « *ratione loci* » doive être soulevée « *in limine litis* », c'est-à-dire devant le magistrat conciliateur en matière de divorce ou de séparation de corps, lequel peut, en tout état de cause prescrire les mesures provisoires commandées par l'urgence, il n'est pas certain qu'en lui attribuant compétence exclusive pour se prononcer sur l'exception d'incompétence, on ne se mette pas en opposition avec les articles 238, 239 et 307 C. C., 168 et 172 C. P. C. (V. Sirey, 1926-2-23 et la note).

Qu'à cet égard, il nous soit permis de faire remarquer que l'arrêt de la Cour de Grenoble qui précède, émettait une doctrine absolument contraire à celle formulée antérieurement par la même Cour, le 2 mai 1891 (Sirey, 93-2-77 et la note).

Le rédacteur de la note insérée sous l'arrêt de la Cour de Grenoble de 1926, faisait la remarque qu'il serait à souhaiter que la question fût portée promptement à nouveau, devant la Cour de Cassation et que cette fois la Chambre des requêtes laissât venir à la Chambre civile, une question semblant bien être de celles que celle-ci était particulièrement qualifiée pour trancher.

Ce vœu n'a pas tardé à être exaucé, car la Chambre civile a été saisie de cette question, d'abord le 11 janvier 1928 (Fleury c/ Dame Fleury, D. P. 1928-1-112 et la note signée A. R.) et ensuite le 12 mars suivant (Sirey, 1928-1-206).

Dans ces deux arrêts, la Chambre civile consacre la solution déjà donnée par la Chambre des requêtes.

Dans ce dernier arrêt (arrêt du 12 mars 1928) elle s'exprime de la façon la plus nette et la plus catégorique, en se basant sur l'article 238 C. C. et en disant que cet article en donnant au Président la mission, à défaut de conciliation, de renvoyer les parties devant le tribunal, de statuer sur la résidence, la garde provisoire des enfants, la remise des effets personnels et la pension alimentaire, lui attribue par là-même et nécessairement, le pouvoir de rendre des décisions judiciaires susceptibles d'appel ; que, les parties étant tenues à peine de déchéance de soulever devant le Président au début de l'instance et « in limine litis » l'exception d'incompétence « ratione loci », il en résulte que lorsqu'elles ont accepté l'ordonnance sans protester, elles reconnaissent la compétence du Président et ne sont pas recevables à la décliner par la suite.

La Chambre civile ajoute que, d'autre part, le juge a l'obligation de statuer sur les litiges dont la connaissance rentre dans ses pouvoirs et qu'il ne lui est pas permis de se borner à en réserver le jugement à une autre juridiction qui sera ultérieurement saisie des suites du procès.

La jurisprudence de la Cour de Cassation nous paraît donc être actuellement nettement établie.

Cette jurisprudence a soulevé de nombreuses critiques.

On fait remarquer qu'il est de règle qu'une juridiction est maîtresse d'apprécier sa propre compétence.

Avec la solution de la Cour de Cassation, le tribunal devant lequel un procès en divorce sera porté, n'aura jamais à statuer sur ce point ; il sera lié par la décision

du magistrat unique qui a été délégué au préliminaire du procès.

Bien que ce magistrat soit en général son président, il y a là une atteinte grave aux principes généraux de la procédure : c'est le système du juge unique qui est admis sans texte pour résoudre des difficultés très délicates de compétence.

On fait observer que non seulement ce texte n'existe pas, mais que la solution admise par la Cour de Cassation est contraire à l'esprit général des articles 234 à 238 C. C.

Les pouvoirs donnés au Président du tribunal, sont, dit-on de nature exceptionnelle et cette seule remarque suffirait à condamner l'interprétation extensive qu'implique la thèse de la Cour de Cassation.

Ces pouvoirs sont, de plus, d'une nature très particulière : ils ont pour objet, soit la conciliation proprement dite, et en cas de refus l'autorisation d'introduire l'instance, soit les mesures indiquées par l'article 238 C. C. lesquelles ont un caractère provisoire.

La solution de la question de compétence par le Président a, au contraire, un caractère nécessairement définitif, vis-à-vis du tribunal ; ce dernier est lié sur ce point par la décision de son délégué, alors qu'il ne l'est pour aucune des autres mesures contentieuses prises par le Président ; la question de compétence ne peut être tranchée qu'une fois pour toute non pas par le tribunal, mais par le juge délégué qui le représente.

La jurisprudence de la Cour de Cassation ne s'embarasse pas des textes et elle a créé tout un système édifié sur une base juridique assez peu solide ou en tout cas, éloigné des véritables principes.

La seule considération, dit-on, que l'on peut faire valoir, c'est qu'elle présente de sérieux avantages pratiques (Voy. arrêt précité Cass. ch. req. du 10 février 1925 et la note de M. A. Rouast, D. P. 1925-1-73).

Il faut se rendre compte qu'une procédure en divorce peut durer fort longtemps, si elle vient à être compliquée d'incidents, et si un plaideur opiniâtre s'ingénie à parcourir tous les degrés de juridiction. Il ne faut pas oublier surtout qu'il s'agit là, d'une question d'état et que si l'un des plaideurs va en cassation, il pourra faire durer le litige très longtemps, car le pourvoi n'est pas suspensif en cette matière, si bien qu'en réalité, il faut compter sur une juridiction en quelque sorte supplémentaire avant de pouvoir exécuter l'arrêt.

Les questions de compétence sont souvent très compliquées et elles peuvent être soumises à la juridiction supérieure ce qui est susceptible de retarder l'examen de l'instance au fond pendant fort longtemps.

Si l'on fait trancher par le Président du tribunal, la question de compétence, on gagnera beaucoup de temps.

Le Président, d'ailleurs, qui agit comme juge délégué du tribunal, offre par son caractère, des preuves de savoir et d'expérience qui lui permettront de donner au plaideur, toute garantie.

Rien ne l'empêche si un débat sérieux s'engage sur une question de compétence, d'accorder une remise de huitaine ou de quinzaine aux plaideurs, pour leur permettre de préparer leur défense et de se faire assister par des défenseurs de leur choix (avocats ou avoués).

La loi ne s'oppose nullement à cette manière de procéder.

Assurément, la loi prévoit que la première comparution qui a lieu devant le Président, **entre les époux**, a pour objet la tentative de conciliation, mais, si cette mesure n'aboutit pas, le Président doit statuer tant sur l'exception de compétence, si elle lui est opposée, que sur les mesures provisoires.

Mais, il faut constater que si les parties, seules, sont appelées à comparaître devant le Président, qui procède à la conciliation, en présence de celles-ci et en dehors de leurs conseils, il en est différemment, lorsqu'il s'agit de statuer sur la compétence ou sur les mesures provisoires.

La question de compétence ou celle des mesures provisoires ne sont pas des questions accessoires qui participent de la nature de la conciliation ; ce sont des questions spéciales et séparées, que le Président peut et même doit trancher, non pas après avoir entendu les seules parties qui sont livrées à elles-mêmes et par suite assez inexpertes à se défendre, mais leurs défenseurs qui sont particulièrement qualifiés pour traiter soit les questions de compétence souvent ardues et délicates et aussi, celles relatives aux mesures provisoires, qui sont parfois compliquées, sinon en droit, du moins en fait.

Que l'on n'objecte pas que le Président doit statuer à la même audience, sur ces mesures, en même temps que sur la conciliation, car s'il en était autrement, il pourrait laisser en suspens des questions urgentes et demandant une solution immédiate, car il serait facile de répondre qu'il lui est toujours loisible de statuer à titre provisoire en cas d'urgence.

Il peut donc statuer le jour de la conciliation sur les

questions urgentes, par la seule voie du référé et s'il estime qu'il n'est pas saisi comme juge de cette juridiction, il n'a qu'à renvoyer les parties à une audience ultérieure, mais très prochaine, par exemple à 24 ou 48 heures pour permettre à l'époux demandeur, de faire statuer sur les affaires urgentes, qui comportent une solution ne pouvant être retardée.

Cette procédure a été souvent préconisée (Voyez, à cet égard la note précitée de M. Appleton sous l'arrêt de la Cour de Lyon).

De cette manière, et en combinant les règles du référé avec celles de l'article 238 C. C. il est possible, tout en agissant avec rapidité de respecter les droits de la défense, ce qui constitue une des règles essentielles de l'art de juger et une bonne administration de la justice.

En résumé, d'après nous, si l'on peut considérer que la jurisprudence de la Cour de Cassation s'est montrée audacieuse dans l'interprétation des textes, néanmoins, il ne nous paraît pas impossible de la justifier ; elle s'appuie d'abord sur des textes précis, notamment sur l'article 169 C. P. C., qui prévoit que toute exception de compétence doit être formée préalablement à toutes autres exceptions.

Il importe de statuer sur l'exception d'incompétence, avant de juger les questions relatives aux mesures provisoires.

Or, comme ces mesures provisoires qui concernent souvent des questions délicates, ont été réservées par la loi, au Président agissant comme juge délégué du tribunal, il paraît difficile de ne pas confier à ce magistrat

les mêmes pouvoirs, lorsqu'il s'agit de statuer sur la question de compétence, alors qu'il s'agit seulement d'une question de compétence « *ratione loci* » qui ne soulèvera, la plupart du temps, que des questions d'une difficulté relative.

Il ne nous paraît donc pas possible, en ce qui nous concerne, de critiquer la jurisprudence de la Cour de Cassation, à raison des avantages qui en résultent pour la rapidité de la procédure, surtout si l'on veut bien combiner le pouvoir du Président en cette matière avec celle du référé et aussi avec les règles libérales du droit de défense et en évitant de faire statuer le Président exclusivement comme juge-conciliateur dans ces différentes questions, comme si l'article 238 du Code civil formait un tout indivisible soumis à la règle de l'unité de temps et en présence des seules parties.

Qu'il nous soit permis de faire remarquer que la jurisprudence de la Cour de Cassation, en faisant jouer, au Président, en notre matière le rôle du juge-délégué se substituant au tribunal constitue un nouvel exemple à l'appui de la partie de notre thèse qui tend à démontrer que dans des cas assez nombreux, le Président statue comme juge unique et d'une manière définitive, au même titre que le tribunal lui-même. .

Vu :
Le Président,
R. MOREL.

Vu :
Le Doyen de la Faculté
de Droit de Paris,
BERTHÉLEMY.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLETY.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	9
--------------------	---

CHAPITRE PREMIER

PREMIÈRE CATÉGORIE D'ORDONNANCES :

Les ordonnances de référé

Voies de recours contre ces ordonnances

SECTION I. — Conditions que doit remplir l'ordonnance de référé, pour donner lieu à un recours recevable devant la juridiction supérieure	19
---	----

§ 1. — L'ordonnance de référé ne doit statuer que dans les cas d'urgence ..	19
---	----

§ 2. — Elle a un caractère provisoire	23
---	----

§ 3. — Elle ne peut statuer que sur un litige dont la connaissance est susceptible d'appartenir quant au fond, au Tribunal civil	25
--	----

§ 4. — Le juge des référés ne peut statuer quand le juge du principal est saisi	29
---	----

§ 5. — Particularité de la procédure de référé	31
--	----

SECTION II. — Voies de recours contre les ordonnances de référé	33
---	----

§ 1. — Voies de recours émanant de la partie perdante :	33
---	----

a) L'opposition	33
-----------------------	----

b) L'appel	35
------------------	----

c) Le pourvoi en cassation	37
---------------------------------	----

d) La requête civile	40
----------------------------	----

e) La prise à partie	41
----------------------------	----

§ 2. — Voies de recours émanant d'un tiers :	41
a) L'intervention	42
b) La tierce-opposition	44

CHAPITRE DEUXIÈME

DEUXIÈME CATÉGORIE D'ORDONNANCES

Les ordonnances sur requête

Voies de recours contre ces ordonnances

SECTION I. — Nature juridique de l'ordonnance

sur requête ; les trois théories en présence : ..	51
a) 1 ^{re} théorie. — L'ordonnance sur requête est un acte d'administration et de tutelle judiciaire ..	52
b) 2 ^e théorie. — L'ordonnance sur requête est un acte purement gracieux et discrétionnaire	52
c) 3 ^e théorie. — L'ordonnance sur requête est un acte de juridiction con- tentieuse	53

SECTION II. — Ordonnances les plus usuelles, soumises à la juridiction gracieuse du Président.

§ 1. — Ordonnance d'envoi en possession d'un légataire universel	55
§ 2. — Ordonnance permettant de pratiquer une saisie-arrêt sans titre	61
§ 3. — Ordonnance permettant de pratiquer des saisies conservatoires	66
§ 4. — Ordonnance permettant de pratiquer la saisie-contrefaçon	69

§ 5. — Ordonnance rendue par le Président au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps et auto- risant l'un ou l'autre des époux à prendre des mesures conservatoires	71
---	----

SECTION III. — Voies de recours contre les ordon- nances sur requête	72
---	----

CHAPITRE TROISIÈME

TROISIÈME CATÉGORIE D'ORDONNANCES :

**Ordonnances rendues à titre définitif par le Président
en matière contentieuse dans quelques cas particuliers**

SECTION I. — Ordonnances rendues par le Prési- dent d'une manière définitive et réglementant des situations prévues par les textes	83
--	----

§ 1. — Ordonnance rendue en matière de vente de fonds de commerce (loi 17 mars 1909)	84
§ 2. — Ordonnance autorisant la réassigna- tion d'un défendeur défaillant en vertu de l'art. 153 du Code de Pro- cédure Civile, modifié par la loi du 13 mars 1922	87
§ 3. — Ordonnance rendue par le Président en matière d'arbitrage	91
§ 4. — Ordonnance rendue en matière de taxe	94
§ 5. — Ordonnance rendue en matière de propriété commerciale (loi des 30 juin 1926 et 22 avril 1927)	96

§ 6. — Ordonnance rendue sur la question de la liberté des funérailles (loi du 15 novembre 1887)	98
§ 7. — Ordonnance rendue par le Président et autorisant la mainlevée de titres au porteur perdus ou volés (lois des 15 juin 1872 et 8 février 1902)	102
 SECTION II. — Ordonnance rendue par le Prési- dent et statuant définitivement par voie d'inter- prétation en matière de divorce ou de séparation de corps sur l'exception d'incompétence soulevée par le défendeur	
	106

